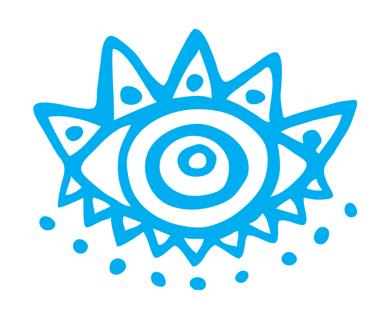
Litigación Penal y Juicio Oral



Andrés Baytelman y
Mauricio Duce

Fondo Justicia y Sociedad
Fundación Esquel - USAID

Índice



Presentación

En 1998 la Fundación Esquel creó el Fondo Justicia y Sociedad cuyo objetivo es el de realizar actividades que permitan impulsar el fortalecimiento del Estado social de derecho en el Ecuador, especialmente en aquellos aspectos vinculados al fortalecimiento de la institucionalidad democrática, la lucha contra la corrupción y el fomento de la participación ciudadana.

Las líneas de trabajo del Fondo Justicia y Sociedad son: el acceso a la justicia, la implementación del sistema procesal penal, la lucha contra la corrupción y como un eje transversal el fortalecimiento de la independencia de la justicia. Por otra parte, sus estrategias de trabajo son el apoyo a proyectos y el impulso a la participación ciudadana. Dentro de la segunda línea de trabajo -Implementación del Sistema Procesal Penal- se han realizado diversas actividades como :

a) La evaluación del sistema procesal penal ecuatoriano, parte de una investigación conjunta que se hizo en varios países bajo la coordinación de CEJA;

b) La evaluación normativa del sistema procesal penal, cuyos resultados se convirtieron en insumos para elaborar un paquete de reformas al Código de Procedimiento Penal, trabajado por la Subcomisión de Reformas Legales de la Comisión para la Aplicación de la Reforma Procesal Penal1[1] y otros grupos de trabajo;

c) La asistencia técnica a la Comisión para la Aplicación de la Reforma Procesal Penal (CARPP), dentro de la cual se definió como prioritaria la elaboración de un Plan de Ajuste de la Reforma Procesal Penal que recoja todos los estudios que ya se han realizado sobre el tema, la Evaluación del Sistema Procesal Penal2[2] y las experiencias de las instituciones en la aplicación de planes similares. Esta actividad, ejecutada por un consorcio de organizaciones dirigido por el Dr. Alberto Binder, define acciones que buscan tener un impacto sobre las instituciones relacionadas con la administración de justicia.

d) La capacitación a operadores de justicia en las destrezas y habilidades necesarias para la aplicación del Código de Procedimiento Penal. Para lograrlo, se han impulsado dos actividades, el apoyo a la ejecución del proyecto "Diseño y Ejecución de un programa de capacitación a jueces y vocales de los tribunales penales en destrezas específicas necesarias para el nuevo Código de Procedimiento Penal", ejecutado por la alianza Globatel, CEJA y Universidad Técnica Particular de Loja por una parte y, por otra, la formación de un grupo de ocho operadores de justicia como capacitadores de la Reforma Procesal Penal dentro del Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal - 2004, ejecutado por el CEJA.

Otra actividad que para el Fondo ha sido prioritario es la elaboración y publicación de materiales sobre el nuevo sistema; así se ha publicado: "Una Guía de Aplicación para el Profesional del Derecho: Nuevo Sistema Procesal Penal",

"La evaluación del Código de Procedimiento Penal en el Ecuador", "El Proyecto de Reformas al Código de Procedimiento Penal", entre otros. Como parte de este trabajo se esta publicando el presente Manual de Litigación Oral escrito por los doctores Andrés Baytelman y Mauricio Duce, quienes elaboraron este material e impartieron las capacitaciones que realizaron en el Ecuador como en Chile.

Esperamos que este libro sea de utilidad no sólo para los operadores de la justicia sino también para los profesores de las universidades, estudiantes y demás personas interesadas en el tema.

1[1] El 08 de enero del 2003 mediante Decreto Ejecutivo N0. 3546 publicado en el Registro Oficial N0. 2 del 17 de enero del 2003 se creó la Comisión de Aplicación de la Reforma Procesal Penal (CARPP) como respuesta a la necesidad de realizar un trabajo coordinado y conjunto entre todos los operadores de justicia en materia procesal penal. En este sentido, se han definido como actividades prioritarias la reforma al Código de Procedimiento Penal, la capacitación Especializada a los operadores del Sistema, el establecimiento de la Defensa Pública Nacional y el diseño e implementación de un Plan de Ajuste del Sistema Procesal Penal.

2[2] Publicación del Fondo justicia y Sociedad, Fundación Esquel-USAID, Quito, Ecuador, agosto de 2003.



Presentación

El juicio oral y público que tan trabajosamente vamos estableciendo y aceptando en América Latina no es un simple "artificio" procesal. Su naturaleza y fuerza institucional provienen de su estrecha vinculación con la dinámica del conflicto, con la ineludible inserción social de ese conflicto y con las finalidades políticas de la administración de justicia, vinculadas a la disminución de la violencia y el abuso de poder. Cuando decimos, de modo artificial, que el "litigio es un conflicto formalizado" nos referimos al vínculo profundo entre las formas del juicio y la vida social. Del mismo surge una forma de transitar por el juicio oral que tampoco es artificial, sino que está conectada a las mismas características del conflicto y las necesidades de institucionalizarlo. Este tránsito, que tiene sus reglas, sus habilidades, su saber, sus compromisos políticos y su ética es llamado por nosotros "litigar"; además, junto con la capacidad de darle una forma segura, a las múltiples variedades de la cooperación humana, litigar constituye el núcleo del "arte de la abogacía".

Este "manual de litigación" que nos presentan remozado Mauricio Duce y Andrés Baytelman, ahora enriquecido con la experiencia docente de los últimos años, desarrollada en varios países de nuestra región, no es, en consecuencia, un libro auxiliar, es decir, para clínicas, "prácticas" o cursos complementarios, sino es un manual para el aprendizaje de la abogacía. Aunque esta frase parezca de circunstancia, necesita una mejor justificación: en el estado actual de la literatura jurídica y, más aún, en la literatura dedicada a la enseñanza del derecho, un libro que se limitara a exponer teorías, conceptos, historias no necesita justificación. Menos aún necesitan justificación los libros que apenas superan el simple relato de lo que dicen las leyes o hacen sinopsis del pensamiento de autores, aún de fácil lectura o disponibilidad. Esos son "textos de enseñanza" que admitimos y hacemos circular sin mayor cuestionamiento. Es francamente dudosa la utilidad, para el estudiante, de muchos de los libros que hoy llenan los escaparates de las librerías universitarias. Lo que ocurre es que responden a los dos mayores vicios de la enseñanza actual del derecho: por un lado, el "saber forense", entendido como el conocimiento de los trámites elementales del procurador, no ya del abogado; por el otro, el "conceptualismo", es decir una forma escolástica, que confunde el derecho positivo con el derecho profesoral y entiende que la tarea más noble -y teóricamente más fecunda- es rebatir teorías de otros profesores e inventar clasificaciones hasta donde el juego de la lógica lo permita.

El saber jurídico que trasmite esa literatura de enseñanza no sólo es pobre, sino que hace mucho daño a nuestros países. Gracias a ella nuestras universidades perpetúan una ideología del derecho al servicio de sistemas judiciales autónomos de sus finalidades sociales, incomprensibles para la ciudadanía, atrapada por la cultura inquisitorial, volviéndose poco eficaz para cumplir las más elementales tareas políticas. Todo ello en desmedro del imperio de la ley y de la fortaleza de nuestras instituciones. Creo que pocas veces, como en el presente, se

puso en evidencia la profunda contradicción de nuestra cultura jurídica con las necesidades sociales de seguridad, consolidación institucional, creatividad jurídica e igualdad social.

En este libro el alumno podrá descubrir los vínculos profundos existentes entre el saber práctico de la abogacía y sus más importantes funciones sociales. Aprender a trabajar en sistemas adversariales significa, nada más y nada menos, que fortalecer la capacidad del sistema judicial, de reconocer los intereses de las partes y, en ese sentido, "humanizarlo". También significa conectar muchos de los principios fundamentales de defensa de la persona, con herramientas concretas y eficaces. La declamación, sólo realza la poesía. La declamación de principios que no se respaldan en herramientas de trabajo, sólo puede satisfacer a un narcisismo de lo "correcto", que degrada la lucha y la idea de la dignidad humana.

Si el conflicto es un juego de intereses, que no se resuelven en armonía, el juicio deberá ser una estrategia para lograr que alguno de esos intereses triunfe; esta idea, que parece meramente utilitaria, es mucho más respetuosa de la persona humana, que aquélla que pretende que todos los intereses en conflicto deban ser subordinados a ideas abstractas de "verdad" o "justicia"; las mismas que normalmente esconden la ideología de los jueces o la vana pretensión de su superioridad moral. Aprender a litigar entonces, es aprender a controlar la prueba y en esa actividad se resume buena parte de las garantías judiciales que hoy conforman uno de los núcleos más importantes de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Hace tiempo, nos advirtió Ihering: "La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha"; si lográramos que la lucha por el Derecho se desarrolle en la sala de audiencia, ese pequeño espacio de civilidad que todavía nos resistimos a respetar y custodiar como el centro de la abogacía, seguramente haríamos avanzar nuestra cultura jurídica mucho más allá que cientos de tratados enjundiosos. Este manual sólo tiene sentido si existen "salas de audiencia" y por ello es un libro "estrictamente jurídico".

Ojalá que el empeño de Duce y Baytelman se extienda por toda nuestra América Latina y que la esforzada reforma de nuestros sistemas de justicia penal vaya ingresando, a golpes de buena enseñanza, en nuestras Escuelas de Derecho; atrapadas cómodamente en un "sopor dogmático" o en un "ritual de repetición" que les permite sobrevivir sin traumas en medio de la crisis de legalidad y de la sinrazón jurídica.

ALBERTO M. BINDER

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales

(INECIP)



Presentación

Mucho se habló de que reformas procesales penales, como las que se impulsaron los últimos años en Latinoamérica, entrañan un profundo cambio cultural. Poco, sin embargo, se avanzó en tratar de entender y explicar qué significa exactamente tal cambio cultural y menos aún en procurar influir sobre el mismo. Sin dudas la cultura de los operadores legales es algo compleja, integrada por elementos que juegan en diversos niveles: inicialmente están presentes las creencias y valores más profundos que los animan, su concepción del derecho y del rol que cada uno juega en esa cultura; pero también integran esa cultura elementos menos elevados, más profanos y menos glamorosos si se quiere, tales como la forma en que realizan su trabajo cotidianamente esos operadores, los modos cómo se relacionan con sus colegas y superiores; en fin implica también a la estructura de incentivos que existe dentro de la institución o profesión que desempeñan. Para influir en tal complejidad de factores también se hace necesario ejercer diversas acciones: cambios en el diseño normativo, en la estructura institucional, en los procedimientos de trabajo, en fin, hasta en las remuneraciones, si se quiere, todo lo que termina incidiendo en esa cultura y su reproducción. Como se ve, cada una de esas medidas afecta algunos de los elementos que gruesamente describimos como constitutivos de la cultura. Hay, sin embargo, un tipo de acción que tiene la virtud de incidir al unísono en todos y cada uno de los niveles, aunque tradicionalmente no fue utilizado como tal. Nos referimos obviamente a la capacitación.

Decimos que la capacitación tradicional no sacó partido a sus potencialidades para incidir en el cambio de la cultura judicial prevaleciente, tanto por las limitaciones de su concepción, como por las debilidades en su ejecución. En cuanto a la concepción, lo más significativo fue la diferenciación tajante que se hizo entre la capacitación en teorías y conceptos y el entrenamiento en habilidades y destrezas. Sólo el primero, en el ámbito del derecho, fue realmente valorado y explotado, dirigiéndose allí el grueso de las acciones de capacitación de las Facultades de derecho y escuelas judiciales. El segundo, el nivel de las destrezas, quedó olvidado e incluso fue menospreciado. Pero aún más relevante para estos efectos, que la carencia cuantitativa de programas prácticos de entrenamiento, fue la creencia de que uno y otro nivel de capacitación están completamente diferenciados y no se interceptan. La creencia de que el entrenamiento en destrezas supone una capacitación teórica previa y de que esa capacitación en destrezas sólo sirve para transmitir habilidades pedestres y cotidianas, más no nociones abstractas.

En cuanto a las debilidades de ejecución, son bien conocidas las múltiples deficiencias de la educación formal a la que son sometidos abogados, jueces, fiscales y defensores. La clase magistral, la repetición memorística, la ausencia de una preparación adecuada para resolver problemas, para usar información, para enfrentar situaciones nuevas, son el común denominador de los programas. Si esto es claramente insuficiente para la formación de futuros abogados en las escuelas de derecho, el problema es más agudo cuando los que tienen que ser capacitados son operadores adultos con experiencia -buena o mala- en el ejercicio de su profesión. Los programas recargados, que repiten lo que ya debió haberse estudiado en la Universidad o que simplemente se limitan a una exégesis más o menos rigurosa de un nuevo texto legal, poco o nada pueden aportarle a un operador legal con años de ejercicio.

Pues bien, esas son las características que tuvieron los programas de capacitación diseñados para “implementar” los nuevos sistemas procesales penales en Latinoamérica. Entonces no es de extrañar que poco se haya producido el tal mentado cambio cultural. Como vinimos repitiendo estos años, nos equivocamos cuando diseñamos las reformas y pensamos que nuestros futuros enemigos iban a ser los contra reformistas; pensamos que, al cabo de un tiempo, se iban a reagrupar y volver por sus fueros con nuevas normas que desandarían el camino de la reforma. No, nuestros enemigos no son esos contra reformistas, más allá de lo sucedido en algunas situaciones puntuales, sino el principal problema, para la vigencia real de los nuevos sistemas, lo constituyeron los propios reformistas; aunque son personas realmente comprometidas con los valores y principios que encarna el nuevo sistema, que quieren actuar en consonancia con él, pero al no comprenderlo del todo y, principalmente, al no saber cómo ajustar su conducta diaria, su actuar más cotidiano, al nuevo sistema, terminan llenando todos esos vacíos con lo único que conocen, que no es otra cosa que el antiguo sistema. Es por esa vía, que no es producto de la contra reforma, que el sistema inquisitivo se nos cuela día a día, que el expediente renace de sus cenizas y que las audiencias dejan de ser un auténtico debate para convertirse en una simple teatralización sin sentido.

La reforma no se completa con la afirmación del principio de la oralidad. La reforma se completa cuando se sabe cómo organizar una audiencia oral y qué deben hacer cada uno de los participantes en ella, hasta en sus menores detalles, para el correcto cumplimiento de sus fines. La capacitación, si se quiere lograr realmente un cambio cultural, tiene que poder transmitir no sólo la noción que está detrás del principio, sino también su concreción práctica que es a su vez, y esto es lo que quisiéramos resaltar, la única vía para lograr entender cabalmente el significado de ese principio, con todas sus complejidades teóricas incluidas; esto vale tanto para la oralidad, como para los restantes principios sobre los que se construye la reforma. La capacitación entonces pasa a ser la bisagra que une y da sentido a los principios con la praxis, que dota realmente de sentido a la reforma, que permite cerrar el círculo en la mente y las acciones de los operadores.

Es en este contexto que valoramos especialmente el esfuerzo revitalizador de la capacitación que viene impulsando, desde hace años la Universidad Diego Portales de Chile; a través de la adaptación, a la realidad de nuestros países, de las metodologías de litigación desarrolladas preferentemente en el mundo anglosajón. Pero ese esfuerzo no se limitó a un simple ejercicio de adaptación, sino fue más allá, como lo prueba este libro, escrito por los profesores de esa Universidad, señores Andrés Baytelman y Mauricio Duce; el mismo permite repensar, en forma profunda, la capacitación legal a partir del entrenamiento de destrezas y habilidades. Se puede decir que una reforma tan radical como fue en lo jurídico, el cambio de un sistema inquisitivo por uno adversarial, demanda también reformas en la misma medida radicales en ámbitos como la gestión judicial y la capacitación judicial. Instrumentos para materializar esto último es lo que nos entrega la presente publicación.

Los profesores Baytelman y Duce vuelcan en este texto su experiencia como realizadores de un elevado número de cursos de capacitación sobre litigación, en países como Argentina, Chile, Ecuador, México, Paraguay y Perú, a la vez participaron en programas de capacitación regional dirigidos desde CEJA. El impacto de sus esfuerzos en la capacitación fue notable en la región. No sólo permitieron extender la idea de la reforma, sino cambiar de forma muy concreta la dirección que estaba llevando cada uno de los procesos de implementación. Pudimos presenciar cómo alguna "lectura" errónea de los nuevos Códigos nos llevaba de vuelta a los viejos procedimientos y comprobamos que sólo uno de estos talleres tuvo la virtud de dar un giro hacia una nueva concepción, mucho más adversarial, del nuevo sistema, que se tradujo en cambios concretos en tanto prácticas dentro los tribunales.

Con mayor o menor intensidad esta metodología dejó huella en todos los lugares y personas que estuvieron expuestos a ella. Tal impacto debiera aumentar significativamente a través de la difusión de este texto, que perfecciona significativamente uno escrito años atrás, esperamos que el mismo tenga una amplia difusión a nivel regional.

Santiago de Chile,
septiembre de 2004

Juan Enrique Vargas
Director Ejecutivo
Centro de estudios de Justicia de las Américas



I. El juicio oral en el Ecuador

Modelo Constitucional versus Modelo del Código de Procedimiento Penal



En este capítulo nuestra intención es revisar el modelo de juicio oral establecido en la legislación constitucional y procesal penal ecuatoriana para, a partir de dicho análisis, esclarecer algunos aspectos relativos a la litigación en audiencias dentro el mismo sistema. En lo que sigue sostendremos que el sistema constitucional ecuatoriano establece un modelo de juicio oral de marcados caracteres acusatorios, en contraposición a un modelo contenido en el Código de Procedimiento Penal, CPP del año 2000 que contempla una regulación del juicio que lo acerca mucho más hacia una forma inquisitiva de llevar adelante la audiencia. En nuestra opinión, esta contradicción presenta serios problemas para que las partes puedan desarrollar adecuadamente sus roles en el contexto de establecer un sistema acusatorio en el Ecuador. Con todo, nos parece que dichas contradicciones deben superarse haciendo primar las normas constitucionales según lo establece el artículo 272 de la Constitución de 1998.

Antes de entrar a este debate presentaremos algunas reflexiones previas, acerca de los alcances que debe tener la consagración de un juicio oral en un estado democrático de derecho. Luego esta información nos permitirá analizar los aspectos más conflictivos de su regulación en el Ecuador.

1.- La centralidad del juicio oral en un modelo acusatorio.

No obstante los casos que van a juicio oral, en los sistemas de enjuiciamiento criminal contemporáneos normalmente constituyen un porcentaje menor del total de ingresos de dichos sistemas; todos los modelos acusatorios comparados insisten en instalar al juicio oral como la etapa central del procedimiento penal, negándole valor probatorio a los antecedentes recogidos por el fiscal durante la investigación y resguardando la audiencia principal con un conjunto de garantías procesales. En un modelo acusatorio, el proceso penal ES el juicio oral. La investigación criminal no pasa de ser un conjunto de actos administrativos, en ocasiones controlados jurisdiccionalmente, en ocasiones no.

¿No es paradójica esta situación? ¿Qué lleva a los sistemas modernos de enjuiciamiento penal a afirmar la centralidad del juicio oral y, sin embargo, están diseñados para que sólo una mínima cantidad de los casos que se conocen lleguen al mismo?

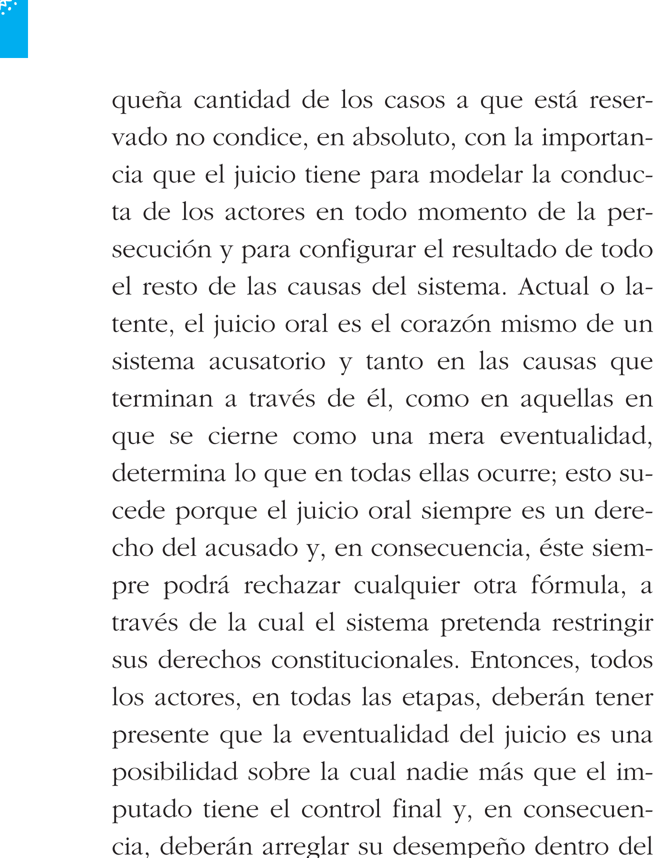
Lo cierto es que el juicio oral determina intensamente lo que ocurre en todo momento de la persecución penal: el trabajo de la policía, las actuaciones del fiscal durante la investigación, la posibilidad de derivar a procedimientos abreviados; todo está determinado por la sombra del juicio oral que se cierne sobre el resto de las etapas, aún en aquella inmensa mayoría de casos que jamás llegarán al mismo; por ejemplo, ¿por qué la policía decide inhibirse de interrogar al imputado a través de apremios ilegítimos o de realizar allanamientos ilegales si a través de ellos puede obtener resultados? Pretender que dicha inhibición proviene del hecho de que la ley se lo prohíba resulta bastante ingenuo, máxime cuando toda la experiencia señala que los abusos policiales no son sancionados y que su persecución es, en definitiva, muy dificultosa. Sin embargo, en un sistema acusatorio el verdadero control está en el juicio oral: la policía comienza a percatarse de que puede ser llamada al estrado, durante el juicio, para dar cuenta de la investigación que realizó; que debería reconocer, en público, las infracciones a la ley que cometió en el curso de ella o, de lo contrario, podría observar impotente cómo la defensa iría sugiriendo dichas infracciones ante un tribunal que alcanzaría a convencerse de ellas, actuando en conse-

cuencia. También comienza a darse cuenta de que en el juicio no es legitima la afirmación "es la palabra del acusado contra la nuestra", porque el sistema de libre valoración permite al tribunal creerle al imputado, eso es todo lo que se requiere para perder el caso de la fiscalía; si eso ocurriera, la policía vería fracasar lo que pudo haber sido un caso ganado -amén del derroche de recursos y tiempo- como consecuencia de la infracción a las reglas legales que, durante la investigación, no les preocupó evitar. Y cuando eso ocurra todavía la policía tendría que vérselas con quienes demanden explicaciones vinculadas a la pérdida de un caso considerado ganado; si el Ministerio Público no estuvo al tanto de la infracciones los reclamos vendrán de él, por ser la razón de la pérdida de un caso que el mismo tenía interés en ganar. En todo caso, el público siempre demandará explicaciones acerca de por qué se perdió el caso, contra la persona, cuya culpabilidad, la comunidad sospecha.

Algo similar, a lo antes descrito, pasa en todas las otras instancias. Veamos, qué pasa con la fiscalía durante la etapa preparatoria: ¿por qué hacer de buena fe la investigación para la defensa? ¿por qué no 'guardarse' antecedentes para sorprender a la defensa el día del juicio? O en el caso de ambas partes, fiscales y defensores, ¿por qué no 'inventar' testigos, si no cuentan con pruebas consistentes para el caso? En el primer caso, la fiscalía no puede ocultar información, no porque los fiscales fueren ejemplos de virtud y ética, sino porque de hacerlo, dicha información podría ser excluida del juicio. En el caso de los testigos falsos, los abogados tendrían que sopesar el riesgo de exponerse a las inclemencias de la contradictoriedad en un entorno de revisión riguroso de la evidencia presentada. Una cosa es presentar testigos falsos ante un empleado de tribunales sin contraparte, por escrito, con el juez a lo lejos y sin ningún test real, al que dicho testigo falso se deba someter y otra, muy distinta, es mentir en un juicio oral, sabiendo que la contraparte tiene su propia investigación, que el testigo va a ser suyo por todo el rato que quiera antes de que le permitamos dejar el estrado, y que los jueces van a estar atentamente escuchando durante todo ese tiempo los modos cómo una tras otra aparecen señales de que se puso un perjuro a declarar en juicio. Con la misma lógica: el juicio oral moldea las prácticas de todos los actores durante todas las etapas previas porque, al ser un entorno de examen riguroso del caso de las partes, el riesgo que se les impone respecto a perder credibilidad frente a los jueces -o derechamente de incurrir en causales de nulidad- incentiva a que todos se sometan al juego justo.

Veamos qué ocurre con los casos que no están destinados a llegar finalmente al juicio oral: ¿por qué un imputado estaría dispuesto a que se le impongan sanciones a través de un procedimiento abreviado, en donde sus posibilidades de defensa son ostensiblemente menores que en el juicio oral? ¿Por qué en dicho procedimiento abreviado el fiscal y la víctima estarían dispuestos a perseguir una pena mucho más baja que la que creen que el delito merece? Una vez más: dado que el juicio oral es siempre un derecho del imputado todo dependerá de las expectativas de éxito o fracaso que las partes tengan respecto de los resultados del mismo. Si la fiscalía tiene un caso sólido, entonces probablemente el acusado estará dispuesto a aceptar los términos ofrecidos por el procedimiento abreviado a cambio de que el fiscal no persiga toda la pena en el juicio oral. Si en cambio el caso de la fiscalía es débil, entonces probablemente el acusado preferirá ir a juicio en donde están sus mejores posibilidades de obtener una absolución. Lo mismo ocurre con el resto de las situaciones que se dan en todas las etapas del procedimiento.

Pretender, en consecuencia, que la importancia del juicio oral es proporcional a la pe-



queña cantidad de los casos a que está reservado no condice, en absoluto, con la importancia que el juicio tiene para modelar la conducta de los actores en todo momento de la persecución y para configurar el resultado de todo el resto de las causas del sistema. Actual o latente, el juicio oral es el corazón mismo de un sistema acusatorio y tanto en las causas que terminan a través de él, como en aquellas en que se cierne como una mera eventualidad, determina lo que en todas ellas ocurre; esto sucede porque el juicio oral siempre es un derecho del acusado y, en consecuencia, éste siempre podrá rechazar cualquier otra fórmula, a través de la cual el sistema pretenda restringir sus derechos constitucionales. Entonces, todos los actores, en todas las etapas, deberán tener presente que la eventualidad del juicio es una posibilidad sobre la cual nadie más que el imputado tiene el control final y, en consecuencia, deberán arreglar su desempeño dentro del procedimiento, como si cada causa pudiera eventualmente ir a juicio. Esta dimensión del juicio como garantía central del imputado, será analizada a continuación.

2.- El juicio oral como garantía central del debido proceso.

La idea de que el juicio oral constituye un derecho central del debido proceso, surge del análisis de los tratados internacionales sobre los derechos humanos, en materia de garantías procesales. De ese modo, el primer aspecto, regulado por las normas internacionales en materia de garantías básicas del debido proceso, se refiere a la idea del derecho a "ser oído por un tribunal" ("fair and public hearing" en inglés). Así, esta idea, está expresamente mencionada en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante la Convención Americana– y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante el Pacto–, tratados que fueron suscritos y ratificados por el Ecuador. Junto a lo anterior, esta misma garantía fue contemplada en el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, donde se señala expresamente que el propósito del derecho a ser oído, debe ser visto como la noción genérica de salvaguardia del resto de garantías específicas enumeradas en el mismo artículo 6[1].

En consecuencia, una idea central respecto a la regulación de los derechos humanos en el ámbito procesal está constituida por la idea de juicio. El juicio es considerado, por los estándares internacionales de derechos humanos, como un marco de protección general para todas las garantías del procedimiento. Sin juicio es difícil concebir la existencia de un proceso penal capaz de respetar los derechos individuales. Por ejemplo, un sistema de justicia criminal puede ser muy protector de los derechos de la defensa durante la etapa de investigación preliminar en un proceso, pero si ese defensor no tiene luego la posibilidad de discutir sus argumentos, presentar sus pruebas y contradecir la evidencia presentada por el fiscal en el juicio, todas las salvaguardas de las etapas preliminares del proceso carecen de sentido. Junto con lo anterior, los impactos del juicio respecto a la protección de garantías individuales, no están vinculados con el mejoramiento de los mismos y su relación con el juicio -como por ejemplo la publicidad-, sino también se proyectan a otras garantías que se hacen operativas en etapas preliminares de las mismas, como mencionábamos a propósito de la idea de la centralidad del juicio.

1Vease Stavros, Stephanos. The Guarantees for Acussed person under article 6 of the European Convention on Human Rights. S/l: s/e, 1993. 42.

Como ya señalamos, el núcleo central del derecho a ser oído está constituido por la noción de que cada acusado tiene derecho a ser juzgado en un juicio oral. La noción de juicio, a su vez, se encuentra muy estrechamente vinculada a ciertas características o elementos indispensables del mismo tales como la oralidad, la publicidad y la contradicción. En esta dirección la jurisprudencia desarrollada, por el Comité de Derechos Humanos del Pacto, estableció que el juicio es una audiencia oral y pública, de naturaleza adversarial. En el juicio las partes tienen la posibilidad de presentar evidencia, contradecir la evidencia presentada por sus contrapartes y presentar sus argumentos al tribunal[2].

A esta altura es necesario detenernos brevemente en una explicación acerca de los alcances de estas tres características y del por qué son componentes centrales de la noción de juicio, de acuerdo a los estándares desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos. La oralidad básicamente consiste en una metodología de producción y comunicación de la información entre las partes, también entre las partes y el tribunal. Esta metodología tiene su sustento en el uso de la palabra, en contraposición al uso de la escritura. La oralidad no es una característica que aparezca explícitamente mencionada en los tratados internacionales, pero sí constituye una derivación directa de los mismos. Tanto los organismos encargados de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, como la doctrina procesal, entendieron que la oralidad constituye el único mecanismo idóneo para asegurar la inmediatez y la publicidad en el proceso[3]. En la medida en que las pruebas y argumentos de las partes, no se presenten en forma oral y directa frente a los jueces que van a decidir el asunto, se corre el riesgo de la delegación de funciones y que el proceso se transforme en el intercambio de papeles entre las partes y el tribunal, al cuál ni el acusado ni el público tendrían acceso.

La contradicción, en cambio, es una garantía que, sí se encuentra recogida, explícitamente en normas tales como los artículos 8.2 f) de la Convención Americana y 14.3 e) del Pacto. En esta garantía importa la posibilidad de las partes, en este caso del acusado, de controvertir toda la información -ya sea que emane de la prueba o de la argumentación- que presente la contraparte en el juicio. De esta forma, la contradicción busca que el acusado tenga la posibilidad efectiva de manifestar su punto de vista e intervenir en la formación de convicción por parte del tribunal. En este sentido, la contradictoriedad es una manifestación del derecho a defensa en juicio[4].

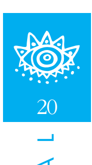
Finalmente, la tercera característica del juicio es su publicidad, la que también se encuentra recogida explícitamente en normas internacionales tales como el artículo 8.1 de la Convención Americana y el 14.1 del Pacto. La publicidad significa que las actuaciones del juicio deben realizarse a "puertas abiertas"; es decir, que cualquier persona debe poder ingresar a la sala de audiencias y observar qué es lo que ocurre en ella. En este sentido la publicidad es un mecanismo de control ciudadano, pero también para las partes, acerca del adecuado com-

---

[2]Idem págs. 186-194 y McGoldrick, Dominic. The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights. S/l: s/e, 1991. 416-419.

[3]Véase Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1993. 96-97; Vélez de Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal tomo I, Córdova: Lerner Editores, 1986. 419-420; Riego, Cristián. El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1994. 40.

[4]Un desarrollo más extenso de los alcances del principio de contradictoriedad en juicio véase, Baytelman, Andrés. "El Juicio Oral", El Nuevo Proceso Penal. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 2000.



portamiento de los jueces, del ejercicio idóneo del derecho de defensa y que los juicios se desarrollen en conformidad a lo que la ley señala.

No obstante las normas y tribunales internacionales perfilaron con claridad la necesidad del juicio como componente del debido proceso y las características o principios básicos sobre los que debe estructurarse su regulación; el sistema internacional le entrega libertad a cada Estado para diseñar sus modalidades de juicio oral, con distintos énfasis. En la medida en que la estructura del juicio satisfaga los requerimientos básicos del derecho internacional, cada estado es libre para regular las particularidades de su tipo de juicio. En este contexto, es posible encontrar en el derecho comparado diversas formas de organizar el juicio, algunas más adversariales que otras o con distinto tipos de estructuras, por ejemplo algunos sistemas cuentan con juicios por jurados, otros no, otros con sistemas mixtos, etc. En la sección siguiente, de este trabajo, analizaremos las estructuras básicas contenidas en la Constitución y Código de Procedimiento Penal del Ecuador.

3.- El juicio oral en el Ecuador: la contradicción entre el modelo constitucional y legal.

La Constitución ecuatoriana ofrece normas muy poderosas para favorecer el establecimiento de un proceso acusatorio de raigambre marcadamente adversarial que, a la vez, desarrolle altos estándares de eficiencia. A decir verdad, pocas Constituciones en América Latina consagran de manera tan explícita los principios del debido proceso y la supremacía constitucional como la Carta Fundamental del Ecuador.

En este sentido, *los artículos 272 a 274* establecen de manera ineludiblemente explícita la supremacía constitucional, en términos de que los tribunales deben preferir la aplicación directa de la Constitución a las normas legales que estuvieren en contradicción con ella o alteren sus prescripciones, obligación además que recae en todo juez o tribunal. Se trata de una norma de enorme relevancia, pues en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano es posible advertir múltiples normas que se distancian o derechamente contravienen los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución.

Y cuando se trata de revisar cuáles son aquellas prescripciones que todo juez o tribunal debe aplicar directa y preferentemente, el artículo 192 establece una norma general en virtud de la cual, "(E)l sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso". Junto a este enunciado general, la Constitución ofrece un amplio catálogo de derechos y principios relativos a los que la Carta Fundamental entiende por "debido proceso". Estos principios son:

a) Juicio oral e inmediación. El artículo 24 Nº 15 de la Constitución establece que "(E)n cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez y responder al interrogatorio respectivo...". A su turno, el artículo 194 señala que "La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivos, de concentración e inmediación".

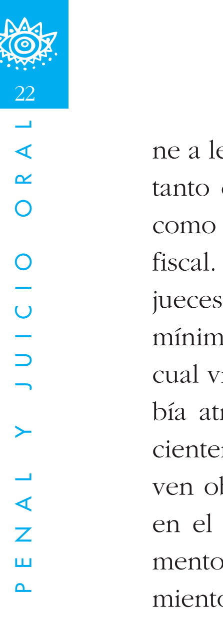
Un problema central, observado en las implementaciones de la región, está constituido por la falta de comprensión de la oralidad y su sentido más inmediato, la inmediación del tribunal con el debate y la prueba. Así, es frecuente en países latinoamericanos –por ejemplo en algunos lugares de Argentina- observar que los operadores entienden que la oralidad se satisface con la mera lectura "oral" de las ac-

tas que registran actividades de la investigación, típicamente declaraciones de testigos que son leídas en el juicio, incluso cuando dichas personas no concurren a declarar a la audiencia; esta versión de la oralidad es un sinsentido. Toda la virtud de la oralidad y la inmediación consiste en la idea precisa de que la falta de contacto directo de los jueces con la prueba y la argumentación produce información de tan baja calidad que no es posible para el tribunal emitir, respecto de ella, ningún juicio serio y creíble. Si los jueces no tienen más que un acta que registra la declaración prestada por el testigo unilateralmente ante el fiscal semanas o meses antes, entonces los jueces no tienen cómo saber si la persona estaba en ese momento diciendo o no la verdad; si al testigo lo forzaron o no a declarar, si el fiscal no le fue dictando la declaración, si no fue el policía quien escogió las palabras, alterando las que el propio declarante había elegido, etc.

b) Imparcialidad del tribunal. El artículo 24 Nº 17 asegura a las personas el acceso a los órganos judiciales, y la obtención de parte de ellos de la tutela efectiva de sus derechos en condiciones de imparcialidad.

En el contexto de la reforma latinoamericana tal vez uno de los elementos que contribuyó, de modo significativo, a que las nuevas instituciones sean finalmente vencidas por la cultura inquisitiva tradicional fue, precisamente, la incapacidad de diferenciar roles al interior del sistema. En la medida en que ello ocurre, los jueces no sólo se van involucrando en las tareas propias de las partes -investigación, producción de prueba y sostenimiento de la acción- sino que lo hacen con frecuencia desde el antiguo paradigma cultural del sistema inquisitivo, que conocen a la perfección y en el cual desarrollaron toda su carrera. Esta realidad no sólo genera problemas en términos de imparcialidad, en su versión más estricta –jueces produciendo prueba que después estarán llamados a juzgar- sino, además daña lo que, decíamos, es la herramienta primordial para vencer el antiguo paradigma tradicional: que el sistema se construya sobre la base de una competencia aguda entre las partes, frente a un tribunal que no tenga compromisos institucionales con ninguna de ellas, ni con la información generada en el juicio, de manera que esté en condiciones de pasar dicha información por un test de calidad serio y contundente. Sólo esta dinámica es capaz de movilizar a los actores de manera que eleven la calidad del proceso en su conjunto; las partes sabrán que deben llegar a las audiencias con casos profesionalmente preparados y los jueces sabrán que deben estar completamente atentos a la información que se está produciendo en ellas y preparados para tomar decisiones al respecto.

Así, si bien en ciertos países europeos los jueces participan de manera más protagónica en la producción de la prueba, sin que eso sea considerado fuera de los límites del debido proceso, en el particular contexto de la reforma en Latinoamérica parece haber evidencia contundente de que eso no es posible; en el sentido que se mantiene a los jueces como juzgadores estrictamente imparciales y ajenos al trabajo de las partes y, por lo tanto, se restringen al máximo sus facultades de producción de pruebas; actividad que parece ser imprescindible para la instalación real del modelo de la reforma, atendida la tradición jurídica de la que procedemos y el grado de enraizamiento que ella tiene en nuestros 'modos de hacer' dentro del sistema. La experiencia en este sentido es clara en los países de la región, en la ciudad de Buenos Aires por ejemplo, es donde la mayor inclusión de los jueces en la producción de la prueba –al estilo alemán– simplemente se traduce en la transformación de la reforma en un retoque estético de juicios tremendamente inquisitivos, en los cuales el fiscal vie-



ne a leer su expediente y los magistrados fallan tanto con lo que se presentó en la audiencia, como con lo que escucharon del expediente fiscal. En Chile, en cambio, la facultad de los jueces para producir prueba está reducida al mínimo y sólo con funciones aclaratorias, lo cual vino generando la dinámica que se describía atrás: las partes llegan con sus casos crecientemente mejor preparados y los jueces se ven obligados a tener toda su atención puesta en el juicio, lo cual genera un enorme incremento de la calidad del debate y del funcionamiento general del sistema. Esto, está transformando enormemente la cultura chilena en torno al proceso penal, que solía ser probablemente una de las más conservadoras de la región.

c) Contradictoriedad. El artículo 194 señala explícitamente que la sustanciación de los procesos "incluye la presentación y contradicción de las pruebas".

Una de las apuestas fundamentales del modelo acusatorio –particularmente en sus versiones más adversariales- es que la contradictoriedad de la prueba –unida a la inmediación de los jueces- produciría información de mejor calidad para resolver el caso. De este modo, un testigo o un perito que dieron una cierta versión de manera unilateral a la policía o a la fiscalía, bien puede estar mintiendo, tergiversando, exagerando o inventando información, cuestión que sólo es revelada por el contraexamen riguroso de ese testigo o perito. El sistema confía en que alguien someta cada pedazo de información que ingresa en el debate al test de credibilidad más riguroso posible; el sistema además confía en que la contraparte está en mejor posición e interés para tomarse lo más en serio posible esa labor de control de calidad de la información. Ella lleva semanas o meses investigando la causa, cuenta con la máxima información respecto del caso (a diferencia de los jueces) y tiene todos los incentivos para hacer todo lo que sea profesionalmente posible para encontrar las debilidades de la prueba que se está intentando ingresar por la otra parte. Entonces al sistema le interesa enormemente que las partes tengan amplias posibilidades de contraexaminar la prueba presentada por la otra; aunque el derecho a defensa presiona todavía un poco más la lógica de la contradictoriedad a favor de la defensa, lo cierto es que al sistema le interesa crucialmente que ambas partes –tanto fiscalía como imputado- tengan amplias posibilidades de controvertir la prueba en condiciones de juego justo; tanto si el caso de la fiscalía es débil, como si lo es el de la defensa, que es algo que al sistema le interesa saber. En este sentido, el artículo 14 establece la igualdad de derechos entre todos los participantes en el proceso, lo cual extiende los derechos en torno a la contradictoriedad también a la fiscalía.

En el ámbito de la litigación en juicios orales, la contradicción de las pruebas exige técnicas y destrezas muy específicas, cuyas posibilidades deben ser salvaguardadas a nivel normativo. De esta suerte, si la Constitución declara la contradictoriedad de la prueba como un valor fundamental del sistema, entonces no cualquier intervención de las partes respecto de la prueba presentada basta para dar por satisfecho este principio. La contradictoriedad exige condiciones de juego justo –por ejemplo, que no se ponga a las partes a litigar en contra de los jueces como ocurre en la práctica cuando se permite que los jueces generen prueba o interroguen sustancialmente a los testigos-, tiempos e información adecuados para prepararla -lo cual, entre otras cosas, hace exigible la obligación recíproca de las partes de revelar su prueba con suficiente antelación al juicio- y métodos idóneos para llevarla adelante efectivamente -así, por ejemplo, es imposible sostener seriamente la contradictoriedad si se prohí-

ben las preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio de los testigos.

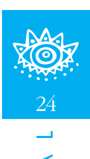
d) Derecho a la defensa. El articulo 24 Nº 10 de la Carta establece que “(N)adie podrá ser privado del derecho a la defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento.” Por su parte, el Nº 12 de la misma norma señala que “(T)oda persona tendrá derecho a ser oportuna y debidamente informada (...) de las acciones iniciadas en su contra.” Esta norma trae a la discusión la idea de que el derecho a la defensa está íntimamente vinculado con la necesidad de las partes, de contar con la información para preparar la contradictoriedad. En este sentido, el Nº 17 de la misma norma hace prístino que las personas tienen derecho a reclamar de los órganos jurisdiccionales la “tutela efectiva” de sus derechos e intereses; y quien haya participado en genuinos juicios orales sabe sobradamente que sin información con qué preparar la defensa, ésta no puede existir en los hechos. A su turno, el artículo 24 Nº 17 proscribe explícitamente la indefensión.

A nivel legal, el artículo 11 del Código consagra la inviolabilidad de la defensa, señalando que “(E)l imputado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas”.

e) Publicidad. El artículo 195 establece que “(S)alvo los casos expresamente señalados por la ley, los juicios serán públicos...” El ingreso a un tribunal para ver audiencias es un derecho del público y no puede ser restringido, sino en muy limitadas situaciones. Que una audiencia sea pública significa que cualquier peatón de la calle puede, en principio, ingresar libremente al tribunal y ver cualquier audiencia de su elección, sin tener que dar explicaciones de ello a nadie. Esto es particularmente cierto en los países de la reforma, en los que sólo la publicidad aseguró la vigencia de las demás garantías y en los que hay experiencia muy consistente -vgr. en Paraguay- en el sentido de que cuando cae la publicidad de las audiencias, caen con ella el resto de las garantías. Entonces en principio, toda restricción a esta libertad es contradictoria con la publicidad de las audiencias, sin perjuicio de ciertas excepciones básicamente vinculadas a la seguridad y el adecuado desarrollo de la audiencia.

f) Presunción de inocencia. El artículo 24 Nº 7 de la Constitución establece que “(S)e presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada”. Esta misma idea se reproduce en los artículos 1º y 4º del Nuevo Código de Procedimiento Penal, NCPP. La presunción de inocencia, si uno se la toma en serio, impone varias obligaciones al proceso penal. Entre ellas, se encuentra la exigencia de tratar al imputado como inocente, lo cual resulta incompatible con la institución de las medidas cautelares, especialmente con la prisión preventiva. De igual modo, asociada a la presunción de inocencia está la idea de que el Ministerio Público debe correr con la carga de la prueba, en un contexto de real y efectiva contradictoriedad de las partes e imparcialidad de los jueces, y que debe hacerlo sobre la base de un alto estándar probatorio. Si estas ideas no están reflejadas en las normas de un código, es difícil apreciar de qué manera la presunción de inocencia en el mismo no pasa de ser una mera declaración de buenas intenciones.

g) Eficiencia y celeridad. Los artículos 192 y 194 de la Constitución establecen explícitamente la celeridad, la eficiencia, la simplificación, la eficacia y la agilidad como valores fundamentales del sistema. Reforzando de manera inequívoca estos valores, el artículo 192



establece que "(N)o se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades." A su turno, el artículo 24 Nº 17 prescribe que "(T)oda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva (...) y expedita de sus derechos e intereses." Por su parte, el artículo 194 consagra expresamente tanto el principio dispositivo como el de concentración. Todo lo anterior ofrece una poderosa base para la desformalización de los ritos procesales en aras de la eficiencia de los procedimientos y de la eficacia de las instituciones.

Prácticamente todos los valores recién expuestos se erigen como la razón fundamental para el nuevo proceso según el propio mensaje con que se promulga el nuevo Código de Procedimiento Penal. Su desarrollo en dicho cuerpo normativo debiera llevar a la existencia de un juicio oral de marcados componentes o elementos adversariales, es decir, que descansa fuertemente en la intervención de las partes en el mismo. Con todo, un examen detallado muestra diversas contradicciones con el modelo constitucional brevemente reseñado. Nos parece que son cuatro las áreas generales más problemáticas, en relación a la producción de prueba en el juicio oral que analizaremos a continuación[5]: (3.1) sistema de valoración de la prueba; (3.2) Rol de las partes en la producción de la prueba; (3.3) Orden de presentación de la prueba; (3.4) Inmediación y Oralidad del juicio.

3.1.- Sistema de Valoración de Prueba:

Es absolutamente esencial a un sistema acusatorio liberar completamente la valoración de la prueba a la vez que, en ausencia de jurado, imponerle a esa valoración exigencias fuertes de fundamentación. Los artículos 84 y 86 del Código de Procedimiento Penal, CPP establecen tanto la libre valoración como la libertad de prueba. Así, la lectura de las normas generales que regulan el sistema de pruebas, y de su valoración en el CPP, permite concluir en un primer momento que se trata de un sistema compatible o adecuado para sustentar un juicio oral acusatorio. Así el artículo 86 señala: "Toda prueba será apreciada por el juez o el tribunal de conformidad a las reglas de la sana crítica". Norma que es complementada por el artículo 84 que establece: "Se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso, por cualquiera de los medios previstos en este Código."

Con todo, un examen más detallado de las diversas disposiciones específicas del Código encargadas de desarrollar estos principios muestra limitaciones importantes a los mismos, ya que el Código está plagado de reglas de tarifa legal o de prueba legal o tasada. Algunos ejemplos de esto son:

Artículos 87 y 88 que regulan en formas detallada, cómo una presunción puede llegar a formar convicción de un tribunal. La regulación de los *artículos 87 y 88* plantea la lógica de la "presunción medio de prueba", que un sistema acusatorio debiera corresponder a la de "presunción razonamiento judicial". Aunque los códigos inquisitivos con frecuencia incluyeron la presunción judicial como un medio probatorio, se trata más bien de puro razonamiento judicial. En este sentido, la clásica regla de presunciones sobre hechos "probados, graves, precisos y concordantes" no tiene más significado que decirle al juez algo así como "cuando haga su trabajo –razonar-, hágalo bien...". Cuán graves, cuán precisos y cuán concordantes, o si es posible arribar legítimamente a convicción sin alguno de estos elementos, es abso-

---

[5]Cabe hacer presente que luego, cuando analicemos cada una de las destrezas requeridas en juicio en un sistema acusatorio nos haremos cargo de otras dificultades normativas del Código de Procedimiento Penal y ofreceremos interpretaciones de las mismas que, consistentes con las normas constitucionales, permiten desplegar en forma más adecuada los roles de fiscales, defensores y jueces en el nuevo proceso penal.

lutamente una cuestión abierta. En la contracara, concebir las presunciones como medio probatorio ocultó las genuinas cuestiones de razonamiento judicial -que no pasan necesariamente por estas categorías- y paraliza a los jueces al momento de tener que construir indicios en un sistema de libre valoración. Esta cuestión estuvo matizada por la arrolladora vigencia de la cultura inquisitiva, su código-manual y la tarifa legal, pero en un sistema de libre valoración el razonamiento presuntivo es un componente demasiado crucial como para volverlo *rígido* en esta fórmula que no quiere decir prácticamente nada.

- Artículo **106**: que exige que en los delitos de robo, hurto y abigeato exista prueba sobre la preexistencia de la cosa sustraída y del hecho que se encontraba en el lugar que se afirma que estuvo al momento de ser sustraída.
- Artículo **124**: que a propósito del testimonio propio limita su valor probatorio en materia de culpabilidad, si no aparece demostrada la existencia de la infracción por otros medios de prueba.
- Artículo **140**: que a propósito de la declaración del ofendido establece en su inciso segundo que su declaración por sí sola no constituye prueba.
- Artículo **144**: que regula la indivisibilidad de la declaración del imputado, obligando al tribunal a considerarla en su conjunto o a no considerarla en su defecto.

Según se puede apreciar, este conjunto de normas, señaladas a modo ejemplar, intentan introducir importantes limitaciones a la libertad de razonamiento que supone un sistema de valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Ello impone dificultades para transformar al juicio en el genuino centro del proceso como aspiran los modelos acusatorios de enjuiciamiento criminal.

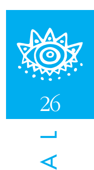
3.2.- Rol de las Partes en la Introducción de la Prueba:

Un modelo acusatorio opera sobre la lógica de que la producción de la información en el juicio debe recaer fuertemente sobre las partes. Los jueces no pueden producir prueba; ocasionalmente pueden aclarar prueba producida o permitir que las partes produzcan nueva prueba, pero ellos no pueden tener iniciativa probatoria. Siendo las partes, las únicas que tienen toda la información acerca del caso y siendo ellas además sobre quienes recae la responsabilidad profesional de ejecutar su propia teoría del caso, son éstas quienes deben poder presentar su prueba al tribunal, del mejor modo que ellas conciban.

En la medida en que el sistema reconozca mayores espacios probatorios a los jueces, ellos comienzan a sustituir a las partes en el cumplimiento de sus roles, reproduciendo de esta forma la lógica de funcionamiento del sistema inquisitivo.

En este sentido, es posible observar que el diseño de juicio en el Código de Procedimiento Penal establece una clara preponderancia de los jueces en la presentación y producción de prueba durante el juicio, aspecto que deja a las partes con posibilidades de actuación, durante el mismo, reducidas. En efecto, de acuerdo a las reglas establecidas en los artículos 135, 141, 288, 289, 291, 294, 296 los jueces del tribunal tienen prioridad en la formulación de preguntas de testigos y peritos por sobre las partes -fiscal y defensor. Ello deja a las mismas con un espacio muy reducido para la producción de un relato que permita comprender con claridad al tribunal los alcances de sus propias teorías del caso.

Junto con lo anterior, el código contempla un conjunto de facultades al presidente del tribunal de juicio para producir prueba. Así, los artículos 300 y 301 lo habilitan para ordenar



una nueva comparencia para declarar de cualquier testigo o perito que ya hubiere declarado y llamar a cualquier persona para someterla a "interrogatorio" y exhibirle objetos y documentos.

3.3.- Orden de Presentación de Pruebas:

En un modelo de juicio oral acusatorio el orden de presentación de pruebas debe ser entregado fundamentalmente a las partes y no a reglas rígidas que regulen de manera abstracta la prueba. La razón de ello obedece a que son las partes quienes conocen mejor sus propios casos y, en consecuencia, son quienes están en mejores condiciones de discriminar cuál es la información y en qué orden debe ser presentada, para construir un relato claro y comprensible para el tribunal que tendrá que resolver sobre la base de la misma información.

En este punto es necesario reconocer que el código se orienta en general en forma adecuada. Así, el orden de presentación de la prueba en juicio, dependerá del orden que sugieran las partes en la lista de testigos presentada al juez presidente, según lo establece el artículo 267, que luego es complementado por los artículos 291 y 298.

No obstante adecuada esta orientación general, existen algunas normas que contradicen esta lógica e imponen un orden diferente al que las partes podrían estimar más apropiado. Nos estamos refiriendo fundamentalmente al testimonio del ofendido el que siempre debe prestarse a continuación de la exposición del fiscal según lo establece el artículo 287.

3.4.- Inmediación y Oralidad del Juicio:

Ya destacamos la importancia de la inmediación y la oralidad en la estructuración de un juicio genuinamente acusatorio. Incluso señalamos cómo la Constitución consagra a la inmediación como un valor central del procedimiento.

La manifestación más obvia y sencilla de este principio está constituida por el hecho que el tribunal no pude fallar, sino es sobre la base de la prueba producida en el juicio. Esta regla básica se encuentra expresamente consagrada en el artículo 79 del Código. El problema, con todo, surge con las excepciones a la misma, que parecen más amplias de lo que resulta conveniente. Así, el mismo artículo 79 establece que la regla general admite como excepción las pruebas testimoniales urgentes, las que son practicadas por los jueces penales.

Luego el artículo 130 permite que los testigos que no residen en la provincia del lugar del juicio no estén obligados a prestar declaración, sino ante el juez penal del lugar de su residencia. El artículo 292, a su vez, establece que en los casos de declaraciones prestadas como anticipo jurisdiccional de prueba, el secretario del tribunal debe leer esas declaraciones antes que el testigo presente su testimonio en el juicio. Es decir, privilegia la declaración prestada en las etapas anteriores del proceso frente a aquellas que se rinden en la audiencia de juicio.

De acuerdo a ambas normas (130 y 292) se permite una incorporación relativamente amplia de declaraciones de testigos por vía de la lectura de actas. Dicha situación no sólo afecta a la inmediación del juicio, sino que pone en cuestión su efectiva oralidad, característica del juicio, regulada expresamente en el artículo 258 del código que establece que "El juicio es oral; bajo esa forma deben declarar las partes, los testigos y los peritos. Las exposiciones y alegatos de los abogados serán igualmente orales."

Según se puede apreciar, la regulación del código resulta problemática respecto al objetivo de establecer un juicio oral acusatorio en los cuatro temas revisados, que constituyen as-

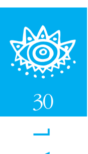
pectos básicos de la arquitectura de un juicio oral. Estos problemas de diseño normativo se multiplican tratándose de la forma específica en que se regula la producción de prueba en cada uno de los medios de prueba y respecto a la participación que tienen las partes en lo mismo, según veremos en los capítulos que siguen.

No obstante lo anterior, según adelantamos al inicio de este capítulo, nos parece que estas normas, disfuncionales a la lógica del sistema acusatorio, pueden ser reinterpretadas a la luz de los preceptos constitucionales; particularmente en virtud del artículo 272 que hace obligatorio, a todos los jueces, aplicar las normas constitucionales con preeminencia de las normas legales sin poder excusarse de ello. En consecuencia, cada vez que un juez se tope con alguno de estos problemas se encuentra obligado por mandato constitucional a aplicar una interpretación a dicha norma, que la haga compatible con el objetivo expreso declarado por la Constitución de establecer un sistema acusatorio y garantista. En este sentido, en cada capítulo de estos materiales destinados al análisis de las actividades de litigación en juicio ofreceremos las interpretaciones de dichas actividades, que nos parecen más compatible con el modelo de proceso que intentaron establecer la reforma ecuatoriana y que los jueces se encuentran en la obligación de aplicar debido a que las normas constitucionales prevalecen sobre todo otro tipo de norma en el Ecuador.



II. Teoría del Caso





1. El juicio: una cuestión estratégica

Como señalamos en la introducción de este libro, litigar juicios orales es un ejercicio profundamente estratégico. Ésta, es una idea incómoda para nuestra cultura jurídica tradicional, pues siempre concebimos al juicio penal como un ejercicio de averiguación de la verdad; y siendo así, ¿cómo podría el juicio ser una cuestión estratégica? No hay nada estratégico acerca de la verdad, diría un clásico: o el imputado mató a la víctima, o no la mató; o robó el banco, o no lo robó. ¿Qué lugar tiene aquí la estrategia, que no sea más bien un intento por ocultar o distorsionar la verdad? Ésta es, más o menos, la postura que subyace a nuestra cultura tradicional.

Sin embargo, incluso cuando uno concuerda con que el mejor valor del juicio penal es distinguir quién es culpable de quién es inocente -descubrir la verdad, dirían algunos-lo cierto es que esa verdad se encuentra en un pasado que, lamentablemente, nadie puede visitar. Los hechos que componen el delito y sus circunstancias suelen ser de enorme complejidad y, entre lo uno y lo otro, para un gran número de causas lo más probable es que nunca sepamos qué fue exactamente lo que ocurrió. Incluso en aquellos casos que parecen simples o respecto de los cuales hay pruebas muy poderosas, hay zonas de la "verdad" que probablemente nunca lleguemos a conocer: qué estaba exactamente en la mente de las personas cuando tuvieron esas conductas; cuáles fueron sus motivaciones, qué factores ocultos a la prueba determinaron los hechos tal y como ocurrieron.

Lo cierto es que respecto del delito y sus circunstancias lo mejor que tenemos es un conjunto de versiones, acerca de lo que "realmente ocurrió". El imputado tiene una versión, la víctima tiene la suya, la policía hace lo propio, y lo mismo cada uno de los testigos. En ocasiones se trata de versiones completas, en ocasiones se trata de versiones parciales; en ocasiones dichas versiones se construyen sobre la base de información 'dura', en ocasiones sólo sobre la base del prejuicio o el error. Esta parece ser una realidad difícil de evitar cuando se trata del juicio penal: cuando se trata de averiguar qué fue lo que ocurrió en un caso penal lo máximo que tenemos es un conjunto de versiones en competencia, heterogéneas, fragmentadas, parciales y disímiles. Todos querríamos que fuera distinto, porque nos gustaría pensar que a través del juicio podemos suprimir el error y distinguir siempre claramente al culpable del inocente. Pero, de hecho, cuando los jueces fallan hacen esto mismo: construyen una versión acerca de lo que "verdaderamente ocurrió" y aceptamos esa versión como la versión oficial. En ocasiones hacen esto adoptando completamente la versión de una de las partes, en ocasiones lo hacen tomando porciones de las versiones de cada una de las partes. Pero, desde luego, nadie pretendería que cuando el juez dicta una sentencia ella hubiera descubierto necesariamente la verdad; los muchos casos en que se condenó a inocentes o liberado culpables parecen hablar alto en contra de esa idea.

Si esto es así, entonces, el juicio es un ejercicio profundamente estratégico, en un específico sentido: la prueba no habla por sí sola. La prueba debe ser presentada y puesta al servicio de nuestro relato, nuestra versión acerca de qué fue lo que realmente ocurrió. Nuestra cultura jurídica, desde siempre fuertemente influenciada por una idea más bien simplista de "la verdad" asociada al procedimiento inquisitivo, operó tradicionalmente como si la prueba 'hablara por sí misma'. Eso, en el proceso inquisitivo, se refleja en todo el modo de presentar la prueba. Por ejemplo, en la forma

en que declaran los testigos -espontáneamente y no bajo las preguntas de alguien, al menos inicialmente- como si los testigos no tuvieran más que 'contar la verdad' acerca de lo que percibieron y como si eso que percibieron no estuviera al servicio de una particular versión de las muchas en competencia; lo mismo ocurre cuando los objetos y documentos ingresan al debate simplemente por ser recolectados, sin que nadie los ponga en el contexto de un relato.

La prueba debe ser presentada. Debe ser ofrecida al interior de un relato. Debe ordenarse al servicio de la versión para la cual está siendo ofrecida, no estamos diciendo que haya que inventarla, fabricarla o tergiversarla. Cuando decimos que la litigación de juicios es un ejercicio estratégico no queremos implicar ninguna versión de 'diez recetas para engañar al tribunal'. Todo lo contrario, queremos decir de que el tribunal debería tener algún chance de dar con lo que realmente ocurrió -de dar con la verdad- ello depende de que las partes puedan presentarle un relato coherente, claro, completo y creíble acerca de los hechos, decimos que este es el método del sistema acusatorio. Sería una fortuna que pudiéramos contar con mejor información para decidir, si una persona cometió o no el delito; sería una fortuna que para cada juicio pudiéramos tener información objetiva, imparcial, completa, una cámara de video que grabe claramente cada delito y el estado mental de todos los participantes en el mismo, pero no tenemos eso. Lo que tenemos son versiones en competencia. Siendo así, resulta completamente determinante que podamos mostrar al tribunal con toda claridad y credibilidad nuestra versión de los hechos y eso es una cuestión estratégica; en términos de cómo obtener de la prueba, la información -real- que la prueba contiene y cómo estructurar esa información, de modo que los jueces obtengan lo que necesitan de ella para fallar correctamente. El abogado es, en este sentido, un mensajero de cierta información; y no importa qué tan bueno sea el mensaje, ni qué tan significativo: si el mensajero es malo el mensaje no llega. La información más determinante de un testigo puede naufragar en un mar de datos irrelevantes, superabundancia u hostilidades con el abogado o, al contrario, este detalle que habría hecho que los jueces se convencieran acerca de la culpabilidad o inocencia, puede pasar completamente desapercibido. Tal vez es posible que el testigo llegue a mencionar dicho detalle, pero para entonces quiza los jueces ya no estén escuchando.

La labor del abogado es hacer que llegue el mensaje y el mecanismo natural de transmisión es el relato. Pero al litigante no le bastará -para ser bueno- tan sólo que su historia sea entretenida o interesante, sino que ella deberá transmitir al tribunal que se trata de la versión más fidedigna de los hechos y la interpretación de la teoría más adecuada y justa.

El litigante en el juicio oral, en fin, debe narrar y persuadir. Esa será su principal tarea y su más primordial objetivo. Está tarea no está entregada nada más al talento intuitivo y personal de cada litigante, y demostrar eso será precisamente la labor de las páginas que siguen. Sin duda los juicios orales imponen exigencias fuertes a la intuición del litigante, por muy exhaustiva que sea nuestra preparación, jamás podremos anticipar con precisión lo que ocurrirá durante el juicio, las respuestas inesperadas de los testigos, las maniobras de la contraparte, las observaciones de los jueces o la aparición de nueva evidencia. Sin embargo, la importancia atribuida al instinto y al carácter histriónico de los abogados no se corresponde con lo que comúnmente ocurre en un juicio oral, y más bien contribuye a que descuidemos el imprescindible esfuerzo por una preparación meticulosa. La intuición y el talento escénico



de los litigantes está sometido a una larga lista de restricciones que, partiendo con las mismísimas reglas del ritual procesal, pasan por la valoración de la prueba, los esfuerzos competitivos de la contraparte por acusar las carencias o excesos en que uno vaya a incurrir, los esfuerzos por transmitir a los jueces la idea de que se tiene un verdadero caso y que la información es fidedigna.

El juicio oral es vertiginoso y no reserva ninguna piedad para los abogados que no sepan exactamente lo qué deben hacer, en el momento oportuno. Confiar y abandonarse a la intuición y al talento es un error, que por lo general acaba en una sentencia desfavorable para el abogado que confió en que podría improvisar sobre la marcha. Gran parte del "arte" del litigio, en un juicio oral, consiste en técnicas que pueden aprenderse del mismo modo en que se aprende cualquier otra disciplina. Es cierto que sus resultados no siempre gozan de la misma precisión, pero ello no desmiente el hecho de que el arte de ser un buen litigante pueda ser adquirido y transmitido. Conocer y utilizar estas técnicas nos proporcionará una base sólida para formular las decisiones intuitivas que el juicio oral, de todos modos, demandará de nosotros.

2.- La narración de historias en juicio: proposiciones fácticas vs. teorías jurídicas

El juicio oral puede ser caracterizado como la construcción de un relato, en que cada uno de los actores va aportando su trozo de historia. Pero los litigantes, además de hechos, trabajan con –por decirlo de algún modo– teorías jurídicas. Saber distinguir qué encaja en cuál parte del juicio oral –hechos o derecho– no es inocuo, y hará la diferencia entre un buen y un mal litigante. El derecho es importante pero, si se desea perder el caso, no hay más que invadir las preguntas a los testigos con complejas construcciones jurídicas; el testimonio se perderá, el testigo habrá sido inútil y nosotros nos habremos desacreditado ante un tribunal lleno de tedio con nuestra actuación.

2.1.- La distancia entre la narración de hechos y las conclusiones legales

Cuando perseguimos que se condene o se absuelva a una persona, lo hacemos investidos de una herramienta particular: la ley[6]. Para el juzgador, serán buenas o malas las razones que demos en favor de nuestro cliente en la medida que obedezcan -y lo obliguen a obedecer- los mandatos de la ley.

La ley, a su turno, es un gran enjambre de teorías jurídicas, entendiendo por estas proposiciones abstractas y generales que buscan un correlato en la realidad de los casos a los que se las pretende aplicar. Una de las principales dificultades que presenta el juicio es que éste consiste en satisfacer ciertas teorías jurídicas, y éstas suelen ser abstracciones casi siempre lejanas, algunos metros, de los hechos que presenta la prueba. La ley nos ofrece teorías jurídicas acerca de las más disímiles cosas: cuándo se perfecciona un contrato, cuándo se forma la voluntad, cuándo la voluntad está viciada, cuándo la responsabilidad por un delito debe ser atenuada, cuándo un homicidio está exento de responsabilidad penal o cuándo se configura, por ejemplo, una figura penal agravada. En fin, el listado resultaría prácticamente infinito, se trata de las construcciones teóricas que hacen la ley y que consti-

[6]Sí, de acuerdo, no sólo la ley, sino todos los recursos normativos y dogmáticos que surgen más bien del derecho como disciplina, del cual la ley no es más que una parte restringida. No nos pongamos quisquillosos, se trata de un curso preeminentemente práctico.

tuyen el catálogo de "razones" plausibles de ser esgrimidas en un tribunal para respaldar nuestra pretensión. Estas teorías jurídicas suelen ser complejas, generales y abstractas.

Cuando decimos que las teorías jurídicas son complejas, nos referimos, en primer lugar, a que la mayoría de ellas están constituidas por grupos de elementos. Por ejemplo, la "tipicidad del robo" consiste en: a) apoderarse de una cosa; b) mueble; c) ajena; d) mediante fuerza o intimidación; e) con ánimo de lucro... etc. En consecuencia, cuando queremos pedirle al tribunal que considere esta específica teoría, que estamos invocando –la tipicidad del robo– le deberemos estar diciendo que todos estos elementos deben darse por satisfechos.

En segundo lugar, los elementos –en tanto abstractos y generales– se refieren a categorías de conductas y a grupos de sujetos, por lo que constituyen proposiciones que no pueden ser probadas como tales. Más bien son conclusiones que el juzgador debe extraer de los hechos que presenta la prueba. En general, los testigos no pueden prestar testimonio en el lenguaje técnico de los elementos que componen las teorías jurídicas. Por ejemplo, un testigo no puede decir "el acusado desplegó una representación dolosa que me indujo a error a resultas del cual dispuse de mi patrimonio con perjuicios", pues la mayoría de estos elementos están fuera de la percepción de sus sentidos, incluso fuera de su conocimiento vulgar. Qué sea una representación, la concurrencia del dolo, el error, son más bien cuestiones que el tribunal deberá concluir a resultas del testimonio de este testigo.

Lo cierto es que las teorías jurídicas –porque son abstractas y generales– no se refieren a una historia concreta, sino que pueden superponerse a un número infinito de historias de la vida real. En un caso la representación de la estafa consistirá en haber hecho pasar bronce por oro, en otro consistirá en que un pelafustán se habrá presentado como un gran señor. En un caso el engaño habrá inducido a la víctima a pagar una suma de dinero, en otro, la habrá inducido a celebrar un contrato que de otro modo no habría celebrado. En todos los casos se trata de alegar una representación, un error y el resto de los elementos, pero cada uno de ellos puede tomar la forma de una multiplicidad de historias concretas. Entonces el resultado es una distancia entre el testimonio y los hechos que necesitamos para configurar la teoría jurídica que pretendemos invocar. Por un lado están los relatos, desprovistos de conclusiones jurídicas, por el otro las teorías y sus elementos, desprovistas en principio de contenido fáctico específico. El modo de superar esta distancia es presentándole al tribunal proposiciones fácticas para cada uno de los elementos de nuestras teorías jurídicas y de ellas hablaremos a continuación.

Veamos el siguiente caso:

El señor Edwards, próximo a cumplir 25 años de matrimonio, decide adquirir un valioso Dalí original, sabiendo que su esposa ha sido siempre fanática del pintor español. Para ello, se dirige a la galería de arte más prestigiosa de Quito, la galería de Martita Subercasaux Matta Valdivieso. La galería ha anunciado repetidamente en los diarios su colección de cuadros de Dalí. Conversando directamente con la señora Martita, ésta le muestra una obra de Dalí. Al momento de mostrarle el cuadro, le dice 'mire este precioso Dalí, su señora va a quedar encantada', exhibiéndole además un certificado de autenticidad extendido por el museo El Prado de Madrid. Mientras están negociando en la oficina, Martita recibe un llamado telefónico que pone en altoparlantes, en el que supuestamente el Director del Louvre le pide la pintura para una exposición. Edwards decide comprarlo y Martita le cobra US$ 20 mil. Edwards acepta y paga en un solo cheque. Al llegar a su casa, Edwards le regala a su mujer el cuadro. Du-



rante la fiesta, Edwards presenta el Dalí ante todos sus amigos, exhibido en un lugar especial de su casa que se llama "el salón de Dalí". Algunos días después, cuando pretende asegurarlo, un experto de la compañía de seguros le confirma que se trata de una reproducción de alta calidad. Edwards desea que la señora Martita Subercasaux Matta Valdivieso sea condenada como la más grande timadora de todos los tiempos y que se la obligue a indemnizarle los perjuicios sufridos (entre ellos, el daño moral producido por la amenaza de abstinencia de por vida a que lo sometió su esposa cuando se enteró que su marido le había regalado en sus bodas de plata una falsificación burda y barata).

El derecho tiene toda una teoría jurídica acerca de la estafa y su configuración. Dicha teoría está compuesta por una serie de elementos constitutivos: a) una representación; b) que dicha representación engañe o induzca al error de la víctima; c) que a consecuencia de dicho engaño o error la víctima haga una disposición patrimonial; d) que esta cause un perjuicio para la víctima; y e) nexo de causalidad entre los elementos anteriores. Reconocer en forma precisa cuáles son los elementos que constituyen la teoría de que queramos echar mano será fundamental, pues es lo que nos permitirá luego determinar cuáles son las proposiciones fácticas que deben constituir nuestra teoría del caso.

Ahora bien, por regla general los testigos no podrán atestiguar en el lenguaje específico de los elementos. En nuestro ejemplo, Edwards no podrá decir "Martita desplegó una representación dolosamente engañosa que me indujo a error".

Los elementos son abstractos y generales, y en ningún caso están relacionados con nuestro juicio en concreto; cuando uno acude a las normas de la estafa del código penal, allí no se dice nada acerca del señor Edwards, ni de la señora Martita, ni de pinturas, Dalíes o galerías de arte.

2.2. Proposiciones fácticas[7]

Una proposición fáctica es una afirmación de hecho, respecto de mi caso concreto, que si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica. Dicho de otro modo, una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, sobre las que un testigo, sí puede declarar. Por consiguiente, los relatos de nuestros testigos determinan finalmente el contenido de las proposiciones fácticas, a la vez que las proposiciones fácticas deben estar contenidas en el relato de los testigos. Aquí tenemos algunas de las proposiciones fácticas que el abogado de Edwards podría formular en el tribunal, para configurar la teoría de la estafa:

Elemento 1: Representación

- *Proposición fáctica Nº1:* La señora Marta le dijo al señor Edwards que las pinturas eran auténticas.
- *Proposición fáctica Nº2:* La señora Marta le mostró al señor Edwards un certificado de autenticidad falso, supuestamente expedido por el museo El Prado en Madrid.
- *Proposición fáctica Nº3:* Mientras el señor Edwards negociaba el precio con la señora Marta, ella recibió un llamado que puso en modalidad ambiental, en el cual su hermano se hizo pasar por el director del museo de Bellas Artes, y le solicitaba las pinturas para una exposición.
- *Proposición fáctica Nº4:* La galería de Martita es la galería más prestigiosa del país.

Elemento 2: Dolo.

- *Proposición fáctica Nº1:* La señora Martita sabía -cuando le dijo al Sr. Edwards que la

[7] Tomamos el concepto de proposiciones fácticas del texto de Bergman, Paul. La Defensa en Juicio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. 23 y siguientes.

pintura era auténtica- que se trataba en realidad de una reproducción.

- *Proposición fáctica Nº2:* La señora Martita había ofrecido la misma pintura el día anterior a un familiar, señalándole que se trataba de una reproducción de alta calidad.

Elemento 3: Error de la víctima.

- *Proposición fáctica Nº1:* El señor Edwards llegó a su casa con la pintura y se la regaló a su mujer, diciéndole que se trataba de un Dalí auténtico.
- *Proposición fáctica Nº2:* El señor Edwards fue a la semana siguiente a una compañía de seguros para tomar una póliza por riesgo de pérdida, daño o robo, de un Dalí auténtico.

Elemento 4: Disposición patrimonial.

- *Proposición fáctica:* El señor Edwards pagó a la Sra. Marta veinte mil dólares.

Algunas observaciones respecto de las proposiciones fácticas:

- *En primer lugar,* es sobre las proposiciones fácticas que recae la prueba. La prueba no recae sobre los elementos legales de las teorías jurídicas. En general, el testigo no podrá decir 'Martita desplegó una representación dolosa'; el testigo declarará la proposición fáctica 'Martita se hizo llamar por su hermano fingiendo ser el director de El Prado'. Los abogados con frecuencia confunden esta cuestión y, por lo tanto, pretenden hacer con la prueba algo que la prueba no puede hacer. Esto confunde el relato y debilita el poder informativo de dicha prueba.
- *Una segunda observación* es que uno puede contar con múltiples proposiciones fácticas para cada uno de los elementos legales, o sólo con una.
- *Una tercera observación* es que las proposiciones fácticas pueden ser fuertes o débiles. Son más fuertes en la medida en que más satisfacen el elemento legal para el que fueron ofrecidas. Hay proposiciones fácticas que son tan fuertes, que ellas solas satisfacen el elemento completamente. Así por ejemplo, en el caso del Dalí, si el tribunal cree que Edwards pagó a la Sra. Marta veinte mil US, entonces ello satisface el elemento 'disposición patrimonial'. Nótese que la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no tiene que ver con que tengamos prueba para acreditarla, la prueba es crucial, pero es otro problema. Cuando analizamos la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica lo hacemos quitando de en medio la pregunta de la prueba. Recuerden: "...una afirmación de hechos... que si el juez la cree..." Esto es, si hemos resuelto el problema de la prueba. Entonces la debilidad de una proposición fáctica tiene que ver con su ineptitud para satisfacer el elemento legal para el que fue ofrecida. Tomemos por ejemplo la cuarta proposición fáctica, ofrecida para el elemento 'representación': "La galería de Martita es la más prestigiosa del país". Incluso si uno tiene resuelto el tema de la prueba -supongamos que tenemos prueba abundante y no controvertida al respecto- esta proposición fáctica parece ser débil para satisfacer el elemento 'representación'; en principio, de este hecho no parece poder demostrarse demasiado de que haya tenido lugar una representación.

¿Cuál es el test para evaluar la calidad de una proposición fáctica? El 'test de la superposición': mientras mi contraparte esté en más condiciones de superponer a mi misma proposición fáctica otra interpretación, al menos igualmente razonable y creíble sobre esos hechos, más débil es mi propuesta. Volvamos sobre la proposición fáctica que revisábamos recién: "la galería de Martita es la más prestigiosa del país". La acusación propone que el hecho debe interpretarse en el sentido de que una ga-



lería de arte prestigiosa sólo vende cuadros originales. Pues bien, la defensa tal vez quiera proponer que las galerías de arte, por prestigiosas que fueren, venden tanto originales como reproducciones y que, en consecuencia, aún aceptando completamente la proposición fáctica del fiscal -"la galería de Martita es la más prestigiosa del país"-, el defensor está en condiciones de preguntar: ¿y qué? Esto se traduce en un argumento más o menos del siguiente tenor, típicamente en el alegato final: "señores jueces, nos complace y nos halaga que el fiscal aprecie el prestigio de la galería de mi cliente, pero el fiscal pretende que el hecho de ser una galería muy prestigiosa hace automáticamente que allí sólo se puedan vender cuadros originales. Es un misterio para mí saber de dónde pueda haber sacado el fiscal esa idea, porque el hecho es que toda galería de arte vende tanto originales como reproducciones, de manera que del puro hecho de que la galería sea muy prestigiosa no se sigue nada respecto de que haya habido aquí una representación..." Desde luego, los abogados necesitan sustentar sus versiones alternativas, en ese sentido deben ser al menos igualmente razonables y creíbles, lo cual muchas veces va a exigir prueba respecto de ellas, dependiendo de quién tenga la carga. El punto es que mientras más esté la contraparte en condiciones de ofrecer una versión igualmente creíble y razonable, a esa misma proposición fáctica, más débil es ella.

Desde luego, una última observación es que la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica no puede evaluarse respecto de cada una de ellas individualmente consideradas, sino de todas ellas sopesadas unas con otras, tanto las propias como frente a las de la contraparte. Así, proposiciones fácticas que pueden parecer en principio muy fuertes, pueden tornarse muy débiles bajo el test de la superposición cuando aparecen en el relato otras proposiciones fácticas que ofrecen versiones igualmente razonables. Tomemos por ejemplo la proposición fáctica "Martita le aseguró a Edwards que el cuadro era un Dalí original". La proposición es ofrecida por el fiscal para satisfacer el elemento 'representación' y parece en principio poderosa: si Martita le dijo que era original y resulta que era una reproducción, eso ciertamente tiende a satisfacer la representación. Sin embargo, supongan que el abogado defensor está en condiciones de probar la proposición fáctica "Martita estaba genuinamente convencida de que el cuadro era original" y, por ejemplo, que pagó una suma ligeramente inferior cuando ella misma compró el cuadro algunos meses antes; esa nueva proposición fáctica, si puede ser sustentada desde la prueba, hace débil la proposición -originalmente poderosa- de que Martita le dijo a Edwards que el cuadro era auténtico. La hace débil, no porque no sea cierto -Martita misma estaría completamente dispuesta a aceptar que ella pronunció esas palabras- sino porque la interpretación de ese hecho, en frente de esta nueva proposición fáctica, varía completamente.

2.3.- Prueba

El lenguaje del juicio es, en sus partes más relevantes, el lenguaje de la prueba. Cada una de las proposiciones fácticas que conforman nuestro relato debe ser probada. En este sentido, una cosa es la fortaleza o debilidad de la proposición fáctica en tanto tal –el test de la superposición– y otra diferente es cuánto puedo probar dicha proposición.

Como dijimos, algunas líneas atrás, la prueba recae sobre las proposiciones fácticas. En consecuencia, la construcción precisa y clara de la proposición fáctica determina completamente la prueba que necesitaremos. Supongamos por ejemplo que el fiscal tiene en mente la proposición fáctica "Martita le cobró a Edwards veinte mil US por el cuadro". Suponga-

mos que el fiscal la ofrece para satisfacer el elemento 'representación'. ¿Es esa realmente la proposición fáctica que sirve al fiscal? Si el fiscal pretende satisfacer el elemento 'representación' parece que la proposición que le sirve es más bien "Martita le cobró el valor de un Dalí original". Esas, son dos proposiciones diferentes. La primera es débil, pues tal vez veinte mil US sea un precio razonable por la reproducción de un Dalí cuyo original vale en realidad varios cientos de millones (digamos, además, que la copia fue hecha por un pintor famoso). El fiscal en verdad quería decir lo segundo, sólo que para cuando se dio cuenta del error, tuvo problemas de prueba: para acreditar la primera proposición fáctica el fiscal no necesitaba más que prueba documental (el cheque, el recibo, la factura o cualquier otra similar), y eso es todo lo que ofreció. Para acreditar la segunda proposición, en cambio, requiere no sólo la prueba del pago, sino un peritaje que diga "tanto es lo que vale este Dalí original".

También la prueba puede ser fuerte o débil. Allí donde en las proposiciones fácticas el test de fortaleza o debilidad es el test de la superposición, en el caso de la prueba el test es el de la credibilidad. La libre valoración de la prueba propia, de los sistemas acusatorios en los que se desenvuelve el juicio oral, conforma toda una estructura de razonamiento en lo que hace a la credibilidad de la prueba. A lo largo de estos materiales iremos revisando diversos factores que construyen dicha credibilidad.

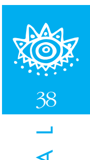
En este sentido, es posible que tengamos proposiciones fácticas muy fuertes, pero respecto de las cuales contamos con pruebas muy débiles. Por ejemplo, sabemos que cuando Edwards fue a encarar a Martita, ella le respondió que 'estafarlo a él había sido como quitarle el dulce a un niño'. Nada mal la proposición fáctica: si el juez la cree, probablemente opere bastante como una verdadera confesión. Sin embargo, tal vez lo único que tengamos como prueba es la propia declaración de Edwards: testimonio de oídas, altamente incriminatorio, proveniente nada menos que del querellante, en abstracto, aunque fuere una buena proposición fáctica es una mala prueba. En otras ocasiones la situación será la inversa: dispondremos de prueba muy poderosa, que acreditará sin embargo proposiciones fácticas muy débiles. En ninguna de estas dos situaciones parece una opción razonable para el abogado gastar recursos de litigación.

Esas proposiciones fácticas o esas pruebas son puro derroche y los esfuerzos del litigante deberán focalizarse en otras partes.

Si esto es así, entonces la pregunta que corresponde es: ¿qué pruebas necesito, para acreditar cuáles son las proposiciones fácticas, que satisfagan, qué elementos de cuáles teorías jurídicas son útiles? Esta es la expresión más importante que permite afirmar que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico, y la respuesta a esta pregunta es lo que se conoce como "teoría del caso".

3.- La teoría del caso

La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. Siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia, Calderón parece ser el poeta de moda: todo depende del color del cristal con que se mira. Hay que ofrecerle al tribunal ese cristal. La teoría del caso es un ángulo desde el cual se ve toda la prueba, un sillón cómodo y mullido desde el cual se aprecia la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo. Pensemos de vuelta en el caso del Dalí que ofrecíamos páginas atrás: si el tribunal cree que Martita maquinó toda la situación para estafar a Edwards, entonces cuando vea el



certificado de autenticidad falso que le entregaron a éste, lo que entenderá es que Martita fabricó dicho certificado dolosamente; en cambio, si el tribunal cree que la propia Martita estaba engañada acerca de la autenticidad del cuadro, cuando le presenten el certificado falso que ésta le entregó a Edwards, el tribunal entenderá que ella fue también víctima de este documento.

La cultura inquisitiva operó tradicionalmente como si tal sillón no existiera. Como si fuese posible para los jueces observar la prueba desde ningún punto de vista, pero esto no es posible. De ese modo, o nosotros proveemos al tribunal de un punto de vista convincente o nuestra contraparte lo va a hacer; otra opción es que, los jueces lo lleguen a adquirir por su propia cuenta, de un modo y con resultados imprevisibles para nosotros. Desde luego, tal vez los jueces no acepten la teoría del caso que les estamos ofreciendo, eso ocurre cada vez que una parte pierde un caso; y por cierto, nuestra teoría del caso no puede consistir en cualquier cosa que nos parezca conveniente inventar, sino que depende fuertemente de las proposiciones fácticas que podremos probar en el juicio. Pero el punto es que el profesionalismo de un litigante pasa por ofrecer a los jueces la mejor teoría del caso posible, dada la prueba disponible.

Una vez que se tiene una teoría del caso, la regla es casi absoluta, mi teoría del caso domina todo lo que hago dentro del proceso -particularmente dentro del juicio- y nunca, nunca, nunca, hago nada inconsistente con mi teoría del caso. Todas las proposiciones fácticas que intentaré acreditar en el juicio, toda la prueba que presentaré para acreditar dichas proposiciones fácticas, todo examen, contraexamen y alegato que realizaré dentro del juicio están al servicio de y son funcionales a mi teoría del caso. De lo contrario, cada vez que me aparto de mi teoría del caso pierdo credibilidad, en un escenario donde 'credibilidad' es el nombre del juego.

Imaginemos a un abogado ejecutando el contraexamen de un testigo. Supongamos que el punto central de este contraexamen es la desacreditación del testigo -presentado por el Ministerio Público- por ser inconsistente con declaraciones previas dadas extrajudicialmente. Supongamos que el abogado ejecuta a la perfección toda la técnica de contraexamen que revisaremos más adelante; hace recorrer al testigo una vez más las declaraciones prestadas en su examen directo, fijándolas frente al tribunal: señalando que la víctima –cónyuge de su cliente- era un ángel de Dios, una buena esposa que adoraba a su marido por sobre todas las cosas; luego, le hace describir las condiciones dºe credibilidad en que prestó cierta declaración previa -una declaración voluntaria ante el mismo Ministerio Público algunos meses antes; por último, cuando el propio testigo cerró todas sus posibles vías de escape, el defensor lo confronta con la inconsistencia entre ambas declaraciones: en efecto, el testigo había dicho al Ministerio Público que la víctima en realidad odiaba a su marido, que discutían violentamente con frecuencia y que ella lo había amenazado con dejarlo y no permitirle jamás ver a sus hijos. ¿Verdad que este testigo es inconsistente y poco verosímil cuando el día de hoy nos describe a la víctima como una persona noble y pacífica?

El abogado cree haberlo hecho bien. En efecto, ha demostrado ante el tribunal que es te testigo cambia las versiones y se contradice. Ha demostrado esa inconsistencia siguiendo impecablemente la técnica de contraexamen. Sin embargo, aunque desacreditó las declaraciones de ese testigo, para el tiempo en que había acabado, el tribunal pensaba que el acusado tal vez sí tuvo un motivo para matar a su esposa, motivo que le faltaba hasta antes del contraexamen a ese testigo. La técnica de este abogado puede haber sido perfecta, pero la

mayor de las falencias de un litigante es no ser capaz de poner en relación con su teoría del caso lo que está haciendo al interior del juicio y terminar siendo inconsistente con ésta. La teoría del caso de la defensa habría corrido más o menos así: “nuestro cliente no mató a su esposa ¿por qué habría de hacer una cosa así?, no tenía ningún motivo...”. Ésta se trata de una regla simple, comprensible, y prácticamente absoluta: jamás hacer nada inconsistente con la propia teoría del caso.

La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia como es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás.

Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, pues está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal pueda ‘leer’ toda la actividad probatoria, de tal manera que si el tribunal mira el juicio desde allí, será guiado a fallar en nuestro favor.

Desde luego, la teoría del caso depende, en primer término, del conocimiento que el abogado tenga acerca de los hechos de la causa. Además, va a estar determinada también por las teorías jurídicas que queramos invocar en favor de nuestra parte. No se trata, en consecuencia, de “inventar” una historia que altere -que mienta- sobre los hechos ocurridos. Ello, tanto por razones poderosas en el ámbito ético, como por razones igualmente fuertes en el plano estratégico. El entorno del juicio oral dificulta enormemente la posibilidad real de mantener consistentemente una mentira y es además extraordinariamente sensible a ella, pues no exige que seamos capaces de probar el perjurio: basta con que el tribunal no crea la teoría del caso planteada por la parte, para que ésta pierda el juicio.

Una de las dificultades que presenta la teoría del caso en las causas penales es que, por lo general, sólo podremos defender una y nada más que una, lo que nos obligará a tomar opciones estratégicas y ‘jugarnos’ por la elegida. Veamos un ejemplo, se trata de un acusado por homicidio, y el abogado defensor responde:

"Lo cierto es que mi representado no estaba en el lugar de los hechos al momento del homicidio...

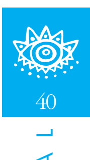
Ahora... si se prueba que estaba en el lugar de los hechos, él no fue quien disparó el arma...

Pero bueno... si se prueba que él sí disparó el arma, entonces lo hizo en legítima defensa...

Ahora bien... si no se logra acreditar la legítima defensa, entonces mi representado es inimputable por demencia..."

En el caso de los juicios orales, manejar más de una teoría del caso suele ser desastroso, especialmente si son incompatibles. Sostener teorías múltiples e incompatibles irá en directo desmedro de la credibilidad de nuestro caso. La señal que se envía al tribunal equivale a cuando se evita poner demasiados huevos en la misma canasta es que uno no confía en la canasta. La cuestión al diseñar una teoría del caso, entonces, es proveerse de una canasta lo suficientemente grande y fuerte para poner en ella tantos huevos como sean necesarios.

Lo primero que debe tenerse presente, en este sentido, es que una teoría del caso servirá mejor a nuestra causa en la medida en que sea más creíble. Los abogados, como los vendedores, deben creer en su producto. Aún cuando nuestra actuación en el tribunal sea técnicamente impecable, los argumentos del litigante sólo serán efectivos si convencen al tribunal. Y es difícil convencer a los jueces de que crean razones en las que ni siquiera el abogado que las representa cree. Teniendo especialmente en



cuenta que durante el procedimiento penal el juez valora libremente la prueba, la palabra clave que rige toda la prueba es: **CREDIBILIDAD**. No importa cuán técnicamente impecable es nuestra presentación, cuán estructurada está nuestra evidencia, cuán fundamentadas son nuestras teorías jurídicas, lo único que importará es si el tribunal nos cree o no.

El paso siguiente en la construcción de una teoría del caso eficaz es hacerla simple. La simplicidad de una teoría del caso estriba en que ésta sea capaz de explicar con comodidad toda la información que el juicio produce, incluida la información que emana de la prueba de la contraparte. De otro modo, nos veremos obligados a complementarla con elementos foráneos que expliquen los puntos que ella no logró alcanzar y a 'parchar' los 'hoyos' de nuestra teoría del caso; cada parche tendrá un costo en credibilidad. Hace unos años atrás tuvimos contacto en Estados Unidos con un caso que ilustra este punto:

El Sr. Kiev era un inmigrante que había llegado a Estados Unidos desde Polonia hacía algunos años atrás. El primer año había viajado solo, mientras encontraba trabajo. Un año después trajo a su familia y junto a su esposa se hizo cargo de la concesión de un negocio de comida rápida. El Sr. Kiev fue acusado por la fiscalía de haber abusado sexualmente de su hija Ana, de once años al momento de los hechos, varias veces en el curso de ese año. Era parte de la historia, además, el hecho de que Ana le dijo varias veces a su madre que su padre le estaba haciendo "esas cosas", sin que la madre denunciara a su marido ni lo enfrentara. La única prueba directa en poder de la fiscalía era el testimonio de la propia Ana, todo el resto de la prueba era puramente indiciaria; entre ésta última, la fiscalía presentó a la madre de la Sra. Kiev -Sra. Trenz-, quien declaró que vivía en Polonia y que había sido llamada por su hija para que fuera a vivir con ellos a Estados Unidos, de manera de poder estar permanentemente custodiando a Ana y asegurar así que la niña no estuviera sola con su padre mientras la Sra. Kiev hacía su turno en el negocio. La teoría del caso, entonces, fue construida por la fiscalía en el sentido de que Kiev abusó de su hija varias veces en el período señalado, que su esposa no habría sabido a quién recurrir en Estados Unidos pues era extranjera, y había tolerado la situación pensando que podría proteger a su hija y a la vez modificar la conducta de Kiev, para lo cual habría traído a su madre desde Polonia a vivir con ellos.

No obstante, la defensa planteó su propia teoría: los hechos jamás tuvieron lugar y Ana había sido manipulada por su madre, motivada por el despecho y la ambición, para declarar estas cosas.

En los primeros días de juicio, la prueba que aportaba la fiscalía parecía respaldar su teoría del caso: el testimonio de Ana, el de la Sra. Kiev, el de la Sra. Trenz, el de los múltiples especialistas médicos y psicólogos que habían atendido a Ana, todo parecía apuntar hacia el hecho de que Kiev había abusado de Ana. La teoría de la fiscalía, entonces, se estaba imponiendo y lograba explicar la evidencia mejor que la teoría de la defensa.

A esas alturas, sin embargo, la defensa empezó a jugar sus cartas: al momento de contraexaminar a la abuela de Ana, la defensa puso en evidencia que madre y abuela habían acordado trabajar en la tienda en el mismo horario, pues el trabajo era duro y de esa manera se lo podrían repartir. ¿Cómo congeniaba eso con la teoría del caso de la fiscalía? Si a la Sra. Trenz se le había pedido que dejara su tierra natal, a los 74 años de edad, para ir a vivir a un país extranjero, dada la urgencia de la necesidad de protección que tenía su nieta Ana y el peligro de que permaneciera estando sola en casa con su padre ¿cómo explicaba la teoría del caso de la fiscalía que, no bien llegada la Sra.

Trenz a vivir con su hija, ambas mujeres acordaran compartir el mismo horario de trabajo? la teoría del caso de la fiscalía empezó a flaquear.

Por otro lado, surgió también de la prueba que, justo en el año en que supuestamente Ana habría denunciado los abusos a su madre, ésta había tomado vacaciones cuatro veces con su marido, algunas de ellas bastante románticas, incluyendo un crucero por el Caribe. ¿Qué mujer -se preguntó la defensa- que sabe que su hija está siendo abusada y que trae a su madre desde Polonia para protegerla, se va de románticas vacaciones con el supuesto abusador?, la teoría de la fiscalía tampoco tenía una buena respuesta para eso.

Finalmente, empezó a surgir de la prueba que el matrimonio Kiev tenía constantes y fuertes discusiones de dinero, pues la Sra. Kiev consideraba que su marido no le pagaba suficiente por lo que ella trabajaba en la tienda. Así, la evidencia arrojó un hecho que terminó de volver incoherente la teoría del caso de la fiscalía: la Sra. Kiev -que durante dos años había permanecido indiferente a las súplicas de Ana- había curiosamente decidido denunciar a su marido por abusos deshonestos el mismo día en que éste le comunicó que deseaba el divorcio pues tenía otra mujer. En adición a eso, la Sra. Kiev, el día siguiente a la denuncia, habría ido a hablar con los dueños de la concesión, diciéndoles que su marido sería detenido esa tarde, pero que ella estaba en condiciones de seguir con la concesión del local.

El jurado finalmente encontró que había una duda razonable en el caso presentado por la fiscalía.

Una buena teoría del caso debe poder explicar cómoda y consistentemente la mayor cantidad de hechos de la causa, incluidos aquellos que establezca la contraparte. En el caso recién expuesto, la fiscalía perdió el juicio simplemente porque su teoría del caso dejaba sin explicar hechos que salieron a luz durante el juicio y que se mostraron relevantes para la causa, obligándola a parchar una y otra vez los abundantes vacíos que surgían para su versión desde la prueba.

La "*teoría del caso*", en suma, es nuestra simple, lógica y persuasiva historia acerca de "lo que realmente ocurrió". Como tal, debe ser capaz de combinar coherentemente nuestra evidencia indiscutida con nuestra versión acerca de la evidencia controvertida que se presentará en el juicio.

Nuestra versión acerca de "lo que realmente ocurrió" es un proceso que comienza muy al principio de nuestra preparación para el juicio. Todo nuestro esfuerzo de preparación se focalizará precisamente en probar y desfigurar la de la contraparte (que deberemos haber anticipado ya). La elaboración de la teoría del caso exige típicamente: revisar los elementos de las alegaciones de cada parte; determinar los hechos claves que fueron controvertidos y que, en consecuencia, están en disputa, y los testigos y evidencia material de que nuestra contraparte se puede servir en apoyo de su versión de ellos, así como la evidencia de que dispondremos para apoyar nuestra propia versión; investigar todo posible incidente relativo a la legalidad de la pruebas obtenidas o de su presentación en juicio, de manera de poder anticipar realistamente en torno a qué prueba se resolverá en definitiva el caso; finalmente, revisar toda la prueba admisible con que cuenta uno y la contraparte, de manera de poder identificar las fortalezas y debilidades del arsenal probatorio de cada cual. Hecho esto, estaremos en condiciones de esbozar una teoría del caso que exponga las debilidades del oponente, minimice las debilidades propias, explote las propias fortalezas y minimice las de nuestra contraparte. Construir una teoría del caso, en consecuencia, es un proceso que va y viene varias veces a lo largo de las etapas previas al juicio oral, alterándose en la medida en que nuestro conocimiento del caso se va modificando

III. Examen Directo de Testigos





1. Introducción

Como vimos, el éxito de un juicio depende en gran medida de la construcción de una historia o relato verosímil que logre, en el juzgador, la convicción necesaria para obtener una resolución favorable.

La principal oportunidad con que un abogado cuenta para narrar y probar su historia, permitiéndole al tribunal revivir la versión de los hechos de su cliente, es el examen directo[8]. Con esta expresión designamos la revisión en el juicio oral de los testigos que la propia parte presenta, cualquiera sea el nombre que se les dé en el Código Procesal Penal (acusado, víctima o testigo propiamente). Es respecto de estos testigos en donde resulta posible desarrollar el relato de manera tal que permita la comprobación de nuestras proposiciones fácticas y el éxito de nuestra "teoría del caso".

El principal objetivo del examen directo entonces es extraer del testigo la información que requerimos para construir la historia o el trozo de historia que éste nos puede proporcionar. Esta es la etapa en que elaboramos la mayor parte de nuestra versión de los hechos, nuestra "teoría del caso". Así, la relevancia del examen directo es que el mismo constituye la principal oportunidad de que dispone el litigante para probar su teoría del caso al tribunal. El examen directo nos permite relatar nuestra teoría del caso desde la prueba concreta y no desde las puras afirmaciones del abogado litigante -como, por ejemplo, en los alegatos de apertura-, que hasta el momento fueron sólo una promesa.

Con esta idea central pasamos a examinar algunas cuestiones relevantes de la lógica del examen directo de testigos en el nuevo sistema acusatorio nacional, que nos permitirán entender de mejor forma las destrezas de litigación requeridas para su ejercicio efectivo.

2. El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano

La primera cuestión que es necesario despejar, aún cuando un tanto obvia en la lógica de un sistema acusatorio, es que la regla general del sistema es que sólo se considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, sometiéndose a las reglas de examen y contraexamen. Su declaración personal no puede ser sustituida o reemplazada por la lectura de actas anteriores, en las que consten versiones previas de la misma. En este esquema, un testigo o la prueba testimonial jamás podrá ser la lectura de un acta o protocolo en el cual consta una declaración prestada en forma previa ante algún órgano del sistema (fiscalía o tribunal, por ejemplo). Sólo es testigo y puede ser valorada como prueba testimonial la declaración prestada EN JUICIO por la persona que comparece al tribunal bajo el formato de presentación de prueba testimonial (examen directo y contraexamen).

Ahora bien, como anunciábamos en el capítulo I de estos materiales, la regulación normativa del examen directo en el nuevo Código de Procedimiento Penal del Ecuador se muestra como contradictoria con la lógica de proceso contemplada en la Constitución. Así, las normas referidas al examen directo operan fuertemente sobre la idea que son los jueces quienes

---

[8] Hemos preferido la palabra 'examen' y no 'interrogatorio' porque creemos que ella da mejor cuenta del trabajo que el abogado desarrolla con el testigo. En efecto –como se verá más adelante– de los testigos no sólo se extrae información estrictamente a través de preguntas y respuestas; muchas veces el examen evidencia cosas más allá de las palabras de la respuesta, utilizando a la persona misma del testigo, haciendo demostraciones en el tribunal, etc. Por supuesto, todo esto suele hacerse a través de preguntas y respuestas, pero en el mero interrogatorio no se agota el trabajo del abogado con los testigos.

tienen preeminencia por sobre las partes en la interrogación de los testigos. De hecho, de acuerdo a lo que establecen los artículos 288, 291, 294, 295 y 298, se establece que los testigos y peritos deben, en primer lugar, prestar declaraciones sobre los hechos que conocen sin ser objetos de preguntas sobre los mismos, luego una vez concluidas sus declaraciones iniciales, deben ser interrogados por el presidente del tribunal. A partir de ese momento se habilita para que los otros miembros del tribunal y las demás partes en el juicio puedan formular preguntas al testigo.

Las reglas antes descritas entran en evidente conflicto con las normas constitucionales, particularmente con el principio dispositivo consagrado en el artículo 194 que establece que en la presentación de prueba rige tal principio. Es decir, de acuerdo a esta norma constitucional, la presentación de prueba en el juicio debiera descansar fuertemente en la actividad que realizan las partes para obtener información de las mismas.

Ahora bien, los problemas de la regulación del Código no sólo se extienden a su incoherencia con las normas constitucionales, sino que también afectan seriamente las posibilidades estratégicas de los litigantes en juicio y dificultan la labor jurisdiccional en la apreciación y valoración de prueba en el mismo. Revisemos con mayor detalle estos argumentos.

Desde el punto de vista estratégico, para las partes litigantes uno de los principales objetivos que se intentan obtener con el examen directo de los testigos, según revisamos ya, es la construcción de un relato claro que permita al tribunal formar convicción acerca de la teoría del caso de esa parte. Por lo mismo, normalmente el abogado litigante es quien tiene más claro en su cabeza, cómo construir ese relato y cómo, en consecuencia, obtener la información de una manera que sea más funcional a la construcción de su propia teoría. Como resultado, es el abogado litigante quien tiene mayor claridad acerca de qué porciones del relato del testigo son relevantes para su teoría del caso y qué énfasis requiere la declaración de estos mismos para hacer un ejercicio útil a la misma. En este contexto, las reglas que establecen que los testigos deben declarar en primer lugar sin preguntas, suponen asumir que los testigos son capaces de identificar las porciones relevantes de su relato y son capaces, además, de estructurar lógica y ordenadamente el mismo, dando cuenta de los énfasis y detalles que son importantes para el relato general, la experiencia cotidiana demuestra que esto no es así. Por diversas razones los testigos normalmente no son lo suficientemente articulados o no tienen la claridad necesaria para contar relatos debidamente focalizados, relevantes y claros. Esto hace que la labor de los abogados, al momento de formular sus preguntas al final de toda la sucesión que regula el código, sea la de una verdadera reconstrucción de relatos, lo que impacta negativamente en el alargamiento de los juicios, en la poca claridad de los relatos y en la disminución del impacto de éstos en la construcción de una teoría del caso. Como se puede apreciar todo ello afecta severamente las posibilidades estratégicas de las partes, incluso poniendo en riesgo su legítimo derecho a defenderse adecuadamente en juicio -al menos en el caso de la parte acusada.

Desde el punto de vista judicial, la metodología regulada en el Código también se muestra como altamente disfuncionales con su rol. En primer lugar, debido a que la prueba producida, en las circunstancias descritas, naturalmente es más difusa o vaga afectando la posibilidad de comprensión clara del caso por parte de los jueces. Pero también porque el entregarles a los mismos un rol protagónico, en la formulación de preguntas a los testigos, los pone en una situación incómoda en relación a su imparcialidad. Cada vez que un juez formu-



la una pregunta a un testigo comienza a manifestar, aún cuando tenuemente en algunos casos, una cierta idea acerca del caso que puede comprometer la imparcialidad de su posición en el mismo. Las preguntas y las necesidades de información normalmente obedecen a una cierta teoría del caso o punto de vista detrás de las mismas. En la medida en que la producción de información descansa fuertemente en el trabajo de los jueces, ellos tienden a manifestar más claramente estos puntos de vista. Ello va hipotecando la imparcialidad que deben manifestar, a lo largo del juicio, para poder decidir en forma legítima al final del mismo.

En consecuencia, tanto desde el punto de vista estratégico para las partes, como desde el ángulo de la función judicial y, finalmente, de las garantías individuales que se ponen en juego, nos parece que la interpretación más correcta de las reglas del Código, en materia de examen directo, consiste en entender que es posible a las partes solicitar que testigos y peritos (cualquiera sea su denominación en el código) declaren bajo las preguntas que les formulen quienes los presentan. Luego de ellas deberían proceder las preguntas de la contraparte. Al final, si existen puntos dudosos o que requieren aclaración, los jueces podrían preguntar con fines puramente aclaratorios, pero jamás introduciendo elementos nuevos al debate.

3. Objetivos del examen directo

Volvamos ahora nuevamente a la lógica general del examen directo desde el punto de vista de la litigación, que es lo que nos interesa en estos materiales. Al igual que otras actividades de litigación, el examen directo de testigos puede ser visualizado como una actividad destinada a la narración de un relato. Hemos visto en el capítulo II que no se trata de una narración cualquiera; los énfasis del examen directo se dirigen por esencia a obtener proposiciones fácticas del testigo que me permitan acreditar elementos de las teorías jurídicas que configuran mi propia teoría del caso. Ello hace que el relato se detenga en aspectos que ordinariamente no serían materia de desarrollo en una historia común, al menos no en una historia digna de narrar a la persona que se desea seducir. Por eso, si bien el examen directo es en esencia la narración de una historia, debemos acordar que es una narración bastante peculiar: su foco estará en producir proposiciones fácticas que permitan acreditar hechos relevantes para nuestra teoría del caso y que permitan darle valor o peso a dichas afirmaciones. En consecuencia, no se trata simplemente de contar un cuento, sino de contarlo en el marco de una teoría del caso de quien presenta a dicho testigo.

A la luz de lo señalado, es posible identificar los principales objetivos que el litigante debe satisfacer con la realización de un examen directo. Estos objetivos pueden ser resumidos en cuatro categorías que revisaremos a continuación.

3.1 Solventar la credibilidad del testigo

Solventar la credibilidad del testigo significa entregar elementos de juicio para convencer al juzgador de que ese específico testigo es una persona digna de crédito. Dicho en otras palabras, significa entregar al tribunal elementos para que pueda pesar adecuadamente la credibilidad del testigo en concreto.

Este objetivo del examen directo surge como consecuencia lógica del sistema de valoración de prueba del nuevo proceso penal: la libre valoración. Como señalamos anteriormente, ella implica que, en principio, todos los testigos “valen” en juicio, lo que no significa que todos ellos “pesen” lo mismo. El peso del tes-

tigo (léase su credibilidad y poder de convicción para el tribunal) estará fuertemente determinado por algunas características personales, conocimientos, circunstancias en las cuáles apreció los hechos, etc. Constituye una función central del abogado litigante entregarle al tribunal elementos para construir juicios de credibilidad del testigo. Para ello deberá formular preguntas orientadas a obtener información sobre estos aspectos que llamaremos "preguntas de legitimación o acreditación del testigo".

Uno de los problemas que enfrenta el litigante, en un sistema adversarial, es que el tribunal desconoce por completo al testigo, ya que no tuvo acceso a ninguna pieza de información acerca del mismo. Por ello, si como litigante no soy capaz de darle algún tipo de información sobre el testigo al tribunal, básicamente estoy entregando el ejercicio de valoración del peso de su declaración a la suerte. Volveremos sobre la acreditación y esta última idea más adelante. Por ahora interesa enfatizar que siempre se tratará de un objetivo del examen directo el acreditar a nuestros testigos.

3.2. Acreditar las proposiciones fácticas de nuestra teoría del caso

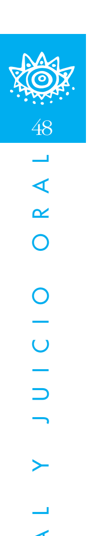
Un segundo objetivo básico, presente en cualquier examen directo, es el de obtener un relato que sustente las proposiciones fácticas que nuestra teoría del caso requiere; esto se traduce en aquellos hechos y detalles que apuntan a que la historia realmente ocurrió como nuestra parte lo señala. Un testigo es esencialmente un instrumento de información que narra, en el juicio, ciertos hechos que conoce;como consecuencia lógica de ello, sin una historia que contar en juicio resulta difícil imaginar para qué esa persona es llevada a juicio en calidad de tal.

En el contexto del nuevo sistema, la historia puede consistir en las más diversas cosas. Puede tratarse de un testigo presencial de los hechos que configuran la imputación, un testigo de oídas de lo mismo, de un testigo que conoce sólo porciones del hecho central o antecedentes anteriores o posteriores al mismo, entre muchas otras opciones posibles de imaginar. En todo caso, en todas las hipótesis posibles, se trata de una narración o relato de hechos que el testigo presentará en el juicio y que deben obtenerse como consecuencia del examen directo del abogado que lo presenta.

Nótese que, en el contexto de un sistema de juicio oral en que no existe expediente a disposición de los jueces, lo que no obtengamos de la prueba simplemente no puede argumentarse por las partes, ni ser valorado por el tribunal. En modelos adversariales más maduros es frecuente escuchar la expresión "no hay suficiente examen directo (sobre tal hecho)". La expresión refleja la preponderancia del examen directo como instancia de producción de prueba y cuán en serio ello corre: incluso en los casos en que se presentó un testigo para acreditar ciertas proposiciones fácticas, es posible que el abogado no haya preguntado todo lo que debía preguntar, o que sus preguntadas no hayan recogido del testigo la información con suficiente precisión o que, en fin, las respuestas del testigo no alcancen para acreditar la proposición fáctica en cuestión: "no hay suficiente examen directo". Si no hay suficiente examen directo, sobre la proposición fáctica, no hay nada,no hay prueba. Tanto más si derechamente no se obtiene examen directo sobre el punto.

3.3. Acreditar e introducir al juicio prueba material (objetos y documentos)

Un tercer objetivo del examen directo, aun cuando podría no presentarse en todos los casos, es la acreditación e introducción de pruebas materiales (objetos y documentos) por medio de sus declaraciones. Se trata de un te-



ma que por su importancia será objeto de un desarrollo especial en el capítulo VII. Con todo, por ahora nos interesa adelantar que, en general, objetos y documentos por sí solos no son idóneos para dar cuenta de su origen y naturaleza, ni del rol que cumplen al interior del relato. Es a través de la declaración de testigos o peritos en donde los objetos y documentos se acreditarán como tales y dejarán de ser cuestiones abstractas, convirtiéndose en el objeto y documento concreto de este caso, ya sea se trate del revólver utilizado en tal homicidio o en el contrato celebrado entre estas personas. Esto ocurre debido a que a través de declaraciones de testigos idóneos los objetos y documentos cobrarán sentido en el relato general de nuestra teoría del caso.

De esta forma, normalmente la oportunidad para acreditar e introducir objetos y documentos al juicio será a propósito de la presentación de los testigos propios, en el examen directo. Esto no excluye otras opciones, pero ésta es la regla general.

3.4. Obtener información relevante para el análisis de otra prueba

Un último objetivo que debe tenerse presente en la estructuración de un examen directo se refiere a la obtención de información relevante que no necesariamente se vincula al relato de los hechos que constituyen el caso de fondo. En efecto, es común que los testigos puedan aportar información que permita pesar la credibilidad de otras pruebas que se presentaran en juicio o contextualizar las historias o relatos que provendrán de otros testigos o de otros medios de prueba. No se trata de relatos estrictamente vinculados con los hechos específicos del caso, pero sí información contextual que pueda servir para fortalecer mi propia teoría del caso o desacreditar la de mi contraparte.

En este escenario, resulta central para el abogado litigante pensar en cada examen directo, no sólo teniendo en mente la información que cada testigo puede entregar respecto a su propio relato, sino también la contribución que éste puede hacer al resto del caso, considerado en su conjunto. Si el testigo dispone de información de esta naturaleza, un objetivo entonces del examen directo será obtenerla.

4. Estructura básica de un examen directo

Sobre la base de los principales objetivos del examen directo, es posible señalar que el mismo contempla típicamente dos etapas o contenidos; una primera destinada a "acreditar" o "legitimar" al testigo y una segunda que tiene por objeto obtener el relato de los hechos que componen su testimonio. En estricto rigor no son "etapas", y no necesariamente la acreditación deberá ser realizada antes del relato substantivo; será normal que ello ocurra así, pues toda la gracia de la acreditación es, precisamente, que el juez crea el relato substantivo sobre la base de la credibilidad que construimos del testigo . Con todo, no pocas veces ocurre que el litigante realiza cierta actividad de acreditación general al comienzo, pero posterga aspectos más específicos de ésta para más adelante, precisamente para habilitar al testigo a referirse a los temas para los cuales dicha acreditación es necesaria. Para efectos pedagógicos, sin embargo, nos parece útil distinguir claramente las dos partes.

4.1 Acreditación del testigo

Comúnmente el examen directo se inicia con preguntas referidas a ciertos antecedentes personales o de otro tipo de quien declara, considerados relevantes para acreditar la credi-

bilidad y la confiabilidad de la información que de dicho testimonio surgirá. Ya señalamos que en el fondo lo que se busca con estas preguntas es entregarle información o elementos al tribunal que le permitan hacer juicios de credibilidad de los testigos o pesar adecuadamente el valor que tienen esas declaraciones. A partir de esta noción general de la acreditación, parece necesario que revisemos algunos temas específicos de la misma.

4.1.1 *Objetivos de la Acreditación*

En primer lugar, revisemos en forma más sistemática los objetivos que cumplen las preguntas de acreditación del testigo en el juicio. Tres son los principales objetivos que es posible identificar:

a) El primer y más evidente objetivo es el que señalábamos en forma precedente, es decir, entregar al tribunal información que contribuya a conferir credibilidad al testigo. Si estamos a punto de escuchar de este testigo información a la que luego deberemos conferir una cierta credibilidad -alta o baja- no es para nada irrelevante saber quién es este testigo y por qué debemos creer lo que nos está diciendo. Este primer aspecto de la acreditación es sumamente importante y deberemos preguntarnos respecto de cada testigo en qué sentido requiere ser acreditado. Esto es particularmente crucial en el caso de los peritos, como explicaremos en el capítulo respectivo.

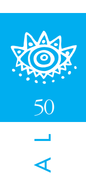
b) En ocasiones los antecedentes tienen importancia para juzgar el fondo de los hechos del caso (por ejemplo la idea de que este acusado fue un ciudadano ejemplar durante los últimos 50 años... ¿por qué debemos creer que acaba de decidir iniciar una carrera delictual?).

c) Finalmente, hay un objetivo secundario que se puede perseguir con las preguntas iniciales de acreditación. Al consistir normalmente la acreditación en preguntas personales, relativas a información muy conocida para el testigo, le ofrecen a éste un espacio para que se sienta cómodo y entre paulatinamente en confianza, hablando sobre información que le es familiar, como los datos relacionados con su vida, su trabajo o su familia.

4.1.2 *La acreditación es siempre necesaria*

La acreditación de los testigos es siempre una actividad necesaria en el juicio. No porque exista un mandato legal que obligue a los litigantes, sino como una necesidad que emana de la lógica del juicio oral y del sistema de libre valoración de la prueba. Sin acreditación, el tribunal tiene menos elementos para pesar la credibilidad del testimonio. En consecuencia, el litigante corre el riesgo de que el tribunal valore la prueba sobre la base de sus propios prejuicios o del azar. En ambos casos se trata de resultados inaceptables para el sistema y menos para los estándares de profesionalismo mínimos, con el que deben trabajar los abogados. Si la suerte de los juicios queda entregada a los prejuicios de los jueces o al azar, no se justifica la existencia de profesionales que representen a las partes.

Un problema que enfrentan los litigantes con menos experiencia, es que suelen visualizar la acreditación como una etapa puramente formal del examen directo que, en consecuencia, intentan evitar o pasar lo más rápido que sea posible para poder entrar de lleno al “centro” de su trabajo: las preguntas orientadas a obtener las proposiciones fácticas que aportará el testigo. Como se puede derivar de lo que sostuvimos, esto es un grave error. Las mejores proposiciones fácticas, dichas de la forma más impecable por parte de un testigo, podrían valer de poco o nada si la credibilidad de ese testigo no está asentada con información precisa ante el tribunal.



4.1.3 *La Acreditación debe ser flexible*

Una vez que se internalizó la necesidad de la acreditación, un defecto común de litigación, que enfrentan los abogados, es sobregirarla. El hecho de que la acreditación de testigos siempre sea un ejercicio necesario en el examen directo no significa que las necesidades de acreditación de cada testigo sean equivalentes; es decir no es obligatorio que a todos y cada uno, de quienes presentamos, debamos acreditarlos con la misma intensidad. Así, habrán múltiples casos en los que el aporte que haga el testigo al juicio sean tan menores o accesorios en comparación a sus necesidades de acreditación. Por el contrario, respecto de testigos que aportan elementos más esenciales las exigencias de acreditación podrían ser más altas. Por otro lado, quizá las proposiciones fácticas que el testigo o perito acrediten, en sí mismas no exigan altos grados de acreditación, al menos en algunos de los sentidos. Por ejemplo, un área de acreditación es la experticia, sin embargo, hay afirmaciones, dentro de dicha experticia, que la requieren en niveles bastante menores; pensemos en el médico del servicio de urgencia que constató los hematomas: constatar hematomas es algo para lo que basta ser médico general tal vez ni eso y, en consecuencia, las necesidades de acreditación a este respecto serán probablemente bastante bajas.

Las necesidades de acreditación no sólo se deben determinar a partir del aporte del testigo, sino que en referencia a varios factores tales como el tipo de declaración que va a prestar, los vínculos con las partes que pueden resultar afectadas o beneficiadas con su relato, las condiciones personales relevantes con su declaración, su pasado, la debilidad del relato que prestará en atención al resto de la prueba presentada en juicio, etc. Será función central del abogado discriminar las necesidades concretas en cada caso y ponderar el énfasis o la intensidad que el proceso de acreditación requiere.

4.1.4 *La acreditación debe ser específica. Áreas de acreditación*

Un último problema que enfrentan los litigantes es la tendencia a volver rutinarias las áreas de acreditación de testigos. En nuestra cultura legal pareciera que ser profesional y tener familia son elementos que hacen siempre creíble a una persona. Al menos eso parece cuando uno observa que preguntas destinadas a establecer la profesión del testigo, su estado civil y el número de hijos, se repiten casi como un mantra en nuestros tribunales. ¿Acaso una mujer u hombre soltero que se dedica a un oficio artesanal es menos creíble que un profesional casado? ¿Es un abogado más creíble que un carpintero o un arquitecto que un mecánico? ¿Alguno de nosotros estaría en condiciones serias de hacer un juicio de credibilidad en abstracto sobre la base de esos factores?

Las áreas de acreditación surgirán como consecuencia de las necesidades específicas del caso concreto. Habrá casos en que la relación con una persona será la principal acreditación que necesita el testigo, pues vendrá a declarar aspectos íntimos de dicha persona; en otras serán sus capacidades de percepción de los hechos; en otras tal vez la acreditación se tenga que hacer cargo de conductas previas, que podrían dañar su credibilidad frente a los jueces. Por lo mismo, las preguntas de acreditación pueden apuntar a una multiplicidad de cosas. Para decidir cómo abordar la acreditación del testigo, lo más útil es pensar en el contraexamen, especialmente en las posibles líneas de contraexamen destinadas a desacreditar al testigo, pero también aquellas destinadas a desacreditar al testimonio. Estas preguntas pueden ser abiertas o cerradas, pero deben permitir al testigo responder en forma cómoda y precisa.

4.2. El Relato de los hechos

Una vez que acreditamos “la fuente” de la cual vamos a obtener la información, es decir, una vez que el tribunal tiene elementos para pesar la credibilidad de quien está prestando declaración, estamos en condiciones de ir sobre las proposiciones fácticas que nuestro testigo puede acreditar.

Como vimos, el relato de los hechos que nuestro testigo podrá aportar dependerá del tipo de testigo que sea. Si es presencial, normalmente su relato incorporará los hechos del caso tal cual como ocurrieron, según su punto de vista, lo que incluirá elementos tales como: lugar en que ocurrieron los hechos y su descripción, fechas y tiempos, personas participantes, hechos concretos presenciados por el testigo, descripción de situaciones o lugares, etc.

No será lo mismo si se trata de hechos que conoció referencialmente, lo que comúnmente denominamos testigos de oídas. En situaciones de ese tipo, el relato del testigo no sólo incorporará los hechos referenciales, sino las fuentes y circunstancias a través de las cuales se enteró de tales hechos.

En fin, podrá haber testigos que traigan sólo un pedazo de información que puede contribuir a nuestra teoría del caso y allí iremos directamente sobre ella sin construir un relato completo de los hechos.

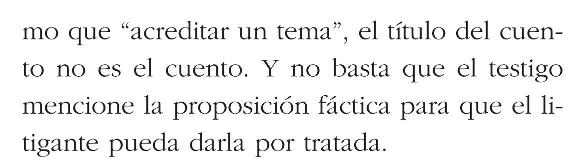
5. Características de un examen directo efectivo

Comúnmente, ciertas características se repiten en cuanto a aumentar la efectividad del examen directo, tanto en su parte destinada a la acreditación del testigo como en la parte destinada al relato de fondo. Estas características son: cine y dieta.

Cine. Recordemos, una vez más, que los jueces no conocen el caso y no tienen a su disposición ningún expediente. Esta es la primera vez que escuchan los hechos. Se enteran de ellos a través de la prueba. Y sólo sobre la base de dicha prueba, van a tener que tomar la decisión que puede significar mandar a un inocente a la cárcel, o liberar a un peligroso asesino. Este es un escenario muy exigente para el juez: el mismo necesita imperiosamente saber qué fue lo que ocurrió. Y eso no se satisface con relatos vagos y generales (“Pedro apuñaló a Juan”), ni con fórmulas conceptuales abstractas (“El me violó”). Esto lo sabemos bien, porque en todos los demás relatos relevantes de nuestra vida, respecto de los cuales debemos adoptar decisiones trascendentes, exigimos historias completas, claras y creíbles. No nos basta simplemente que alguien venga y nos diga “tu pareja te está engañando”,necesitamos poder producir una verdadera imagen mental antes de decidir si es cierto o no, cómo se produjo, cuánto de responsabilidad le es imputable. El relato de un delito, para jueces que deben resolver en un entorno de libre valoración de la prueba, funciona exactamente igual.

El examen directo, entonces, debe poder instalar la película en la mente del jurado, con ese nivel de precisión y realismo; reconstruir la fotografía, las imágenes, los movimientos, las secuencias, aproximando la cámara a los rincones relevantes del relato, los gestos, los guiños, dándole a la escena una interpretación, insertándola en el relato general. Esto es lo que hace el cine, y en el examen directo se debe ser capaz de hacer lo mismo.

Para esto, el examen directo debe ser completo y preciso. Debe obtener del testigo todas las proposiciones fácticas que el testigo pueda acreditar, y hacerlo de manera que llene cada una de dichas proposiciones fácticas de contenido y credibilidad. Un error común, que se observa en los litigantes, es que no se dan cuenta que “mencionar un tema” no es lo mis-



mo que "acreditar un tema", el título del cuento no es el cuento. Y no basta que el testigo mencione la proposición fáctica para que el litigante pueda darla por tratada.

Veamos el siguiente ejemplo. Esta declarando el dependiente del negocio asaltado, ha dicho que un hombre entró, le apuntó con una pistola, le pidió el dinero de la caja, luego le disparó al guardia que venía entrando, salió corriendo, se subió a un auto con un conductor que lo estaba esperando y huyó. A continuación el examen directo siguió así:

Fiscal: ¿Y entonces, qué pasó?

Testigo: Bueno, yo fui a ver si el guardia estaba muerto, y entonces vi que el acusado se subía a un auto que lo pasó a buscar, y entonces huyeron precipitadamente...

Fiscal: ¿Pudo ver quién conducía el auto?

Testigo: Sí, era la misma mujer que había entrado al negocio aproximadamente media hora antes...

Fiscal: ¿Y usted pudo reconocerla bien?

Testigo: Sí, estoy seguro que era ella...

Fiscal: ¿Y pudo reconocer el auto?

Testigo: Sí, era un Fiat Uno, azul

Fiscal: ¿Y pudo distinguir la patente de ese auto?

Testigo: Bueno, me acuerdo que empezaba con las letras KH

Fiscal: Gracias, no tengo más preguntas su señoría...

En el ejemplo, el fiscal recorre los temas, los menciona, pero no los acredita realmente, no los trabaja, no los explota, son los puros títulos. ¿Cuánto se demoró el testigo en reaccionar y salir de detrás del mesón?, ¿cómo se sale de detrás del mesón? La puerta del mesón, ¿tiene cerrojo? ¿Estaba abierto el cerrojo? Y si estaba cerrado ¿cómo se abre y cuánto se demoró en hacer eso? ¿Y cómo es que salió persiguiendo al hombre armado que acababa de asaltarlo?, ¿no es más creíble pensar que se puso a darle gracias a dios por haberlo salvado en lugar de ir hacia donde estaba el riesgo? Y si fue a ayudar al guardia, ¿no estaba su atención puesta en eso?, ¿qué hizo para ayudarlo?, ¿cuánto tiempo le tomó hacer eso que hizo?, ¿cuándo fue que su atención fue capturada por el auto, el conductor y el asaltante?, ¿cómo era su visión del auto?, ¿en qué ángulo?, ¿y en qué ángulo quedó el conductor respecto de él?, ¿a qué distancia? Si él estaba arrodillado auxiliando al guardia, ¿no lo obstaculizaba la puerta del local?, ¿el árbol?, ¿el farol?, ¿el reflejo en los vidrios del auto?, ¿estaban las ventanas arriba o abajo?, ¿cuánto tiempo vio a la conductora?, ¿lo miró ella a él? En fin, podríamos llenar páginas con preguntas como éstas.

Entonces un buen examen directo ofrece la precisión de la fotografía y la comprensión del cine. Retrata las imágenes, ofrece los detalles, reconstruye la realidad en la mente del juzgador, lo lleva a la escena y trae la escena al mismo; hace que la escena completa se reproduzca en su imaginación, con todos los elementos que tendríamos si estuviéramos presenciándola en la realidad. Como el espectador de una película, hacemos que el juzgador comprenda las circunstancias y se explique las secuencias de los hechos. No hacemos que escuche al testigo, hacemos que presencie lo que el testigo presenció.

Dieta. Por supuesto, la completitud del examen directo tiene que ver con qué proposiciones fácticas este testigo puede acreditar y, en ese sentido, es necesario discriminar información. Igual que las dietas: no se trata tanto de cuánto comer, como de comer bien. Los litigantes suelen tratar de obtener del testigo la prueba completa de sus teorías del caso, más allá de lo que el testigo realmente puede responder. Esto diluye la información útil, su impacto, y la atención del tribunal. Queremos que toda la información que introduzca el testigo sea relevante y valiosa, y ojalá sólo esa. De

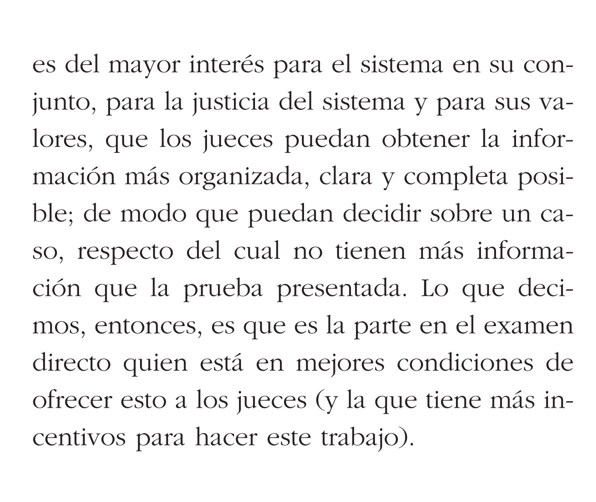
vuelta con lo que decíamos en el capítulo II, esto es lo que hace al juicio un ejercicio fundamentalmente estratégico: la necesidad de seleccionar información.

Esto es cierto, incluso respecto de la información que el testigo sí posee: por lo general, la necesidad de "comprimir" el relato de un testigo es una dificultad práctica que el litigante debe abordar, y con frecuencia resulta necesario -de toda la información con que cuenta un testigo- seleccionar aquella más relevante y valiosa para fortalecer y probar su teoría del caso. La omisión, de determinados aspectos, no equivale necesariamente a una falta a la verdad; hay muy legítimas razones para hacer esta discriminación: no llenar al tribunal de información que lo distrajera del núcleo central debatido, perdiendo la información valiosa en un mar de detalles insignificantes; dejar de lado antecedentes que puedan ser objetados por la defensa; proteger la credibilidad del testigo, reducir las posibilidades de la contraparte para encontrar información útil en su caso, etc. El control natural de la legitimidad de las omisiones es el contraexamen: el contraexaminador se preocupará de relevar aquellas que equivalgan a falsedades o distorsiones de información. Y desde luego, el examen directo debe prepararse sabiendo que eso puede venir.

La rigurosidad en el tratamiento de los temas, no consiste en guiar al testigo para que diga todo lo que sabe, sino para que diga todo lo que sirve, desde el punto de vista del litigante; esto es, todo aquello que fortalece su teoría del caso o debilita la de la contraparte.

En este sentido, hay que conseguir un equilibrio en la producción de detalles. Por una parte, son los detalles los que producen la película. Además, juegan un rol en la credibilidad: la experiencia nos dice que si una persona efectivamente participó de un evento, puede ofrecer ciertos detalles acerca del mismo. Pero, por otro lado, el exceso pueden comenzar a ser un distractor que desvía la atención de las proposiciones fácticas centrales -los jueces son seres humanos, también, en ocasiones, se aburren y dejan de prestar atención-, a la vez que la experiencia también nos enseña que la memoria de las personas tiene límites, y que Funes sólo existe en la obra de Borges. Si un testigo recuerda incluso los más insignificantes detalles, tal vez sea razonable creer que no los está recordando, sino que se los instalaron en la mente antes del juicio (preparación ilegítima), en este sentido, los detalles pueden ser considerados un arma de doble filo; aunque los necesitamos los excesos son peligrosos. El litigante debe tener en cuenta ambos extremos y su estrategia deberá conseguir un equilibrio entre ellos, de manera de asentar la credibilidad del testigo. En efecto, si éste recuerda abundantes detalles acerca de los sucesos, el abogado deberá desplegar un esfuerzo por explicar por qué la supermemoria resulta, en este caso, creíble.

Es a propósito de esta característica, del examen directo, que surge un buen argumento para solicitar al tribunal que las declaraciones de los testigos, que uno presenta a juicio, sean realizadas a través de las preguntas que le dirija uno y no a través de declaraciones anteriores al examen y contraexamen, tal como lo establece el CPP ecuatoriano. Lo que normalmente puede ocurrir cuando un testigo declara en forma autónoma, sin una guía del examen directo de su abogado, es que ese testigo se salte un conjunto de elementos relevantes para el caso o, por el contrario, que profundice en aspectos irrelevantes que distraigan la atención del juzgador, de ahí que realmente importa dirigir el examen. En ambos casos se crean serios problemas para la presentación del relato que nos interesa y luego en el examen puede resultar imposible reconstruir o dar coherencia lógica a los hechos relevantes en el relato de nuestro caso. Pero atención, no se trata de que esto sólo nos beneficia como partes interesadas:



es del mayor interés para el sistema en su conjunto, para la justicia del sistema y para sus valores, que los jueces puedan obtener la información más organizada, clara y completa posible; de modo que puedan decidir sobre un caso, respecto del cual no tienen más información que la prueba presentada. Lo que decimos, entonces, es que es la parte en el examen directo quien está en mejores condiciones de ofrecer esto a los jueces (y la que tiene más incentivos para hacer este trabajo).

6. Aspectos de Producción del Examen Directo

Una vez que existe claridad acerca de los objetivos básicos y elementos centrales para estructurar un examen directo eficaz, resulta necesario preocuparse de varios aspectos de la producción del mismo. Existen dos temas que nos interesa analizar con más cuidado: la organización del examen directo y las herramientas de que disponen los abogados para su ejecución.

6.1. Organización del examen directo

Al igual que el resto de las actividades de litigación, la organización del examen directo debe vincularse a la estrategia general de nuestro caso. Es decir, no existen formulas únicas en el tema, no hay reglas de oro que no sean susceptibles de variar de acuerdo a las particularidades y estrategias del caso concreto al que nos enfrentamos. La organización del examen directo tiene dos grandes temas que deben ser resueltos por el litigante: el orden de presentación de los testigos y el orden del testimonio.

6.1.1. *Orden de los testigos*

Una primera cuestión necesaria en la organización de los exámenes directos es determinar el orden en que serán llamados a declarar los testigos, en caso de que existan varios. El orden de presentación de los testigos es una decisión estratégica de importancia.

Los criterios que se pueden tomar en consideración para establecer el orden de declaración de los testigos son múltiples. Así, por ejemplo, parece haber cierta información empírica que sugiere que solemos recordar mejor lo primero y lo último que escuchamos. De acuerdo con esto, parece sensato situar nuestros testigos más sólidos al comienzo o al final de nuestra lista y aquellos de importancia marginal o respecto de quienes albergamos dudas, en el medio. En otros casos, en cambio, preferiremos hacer un relato estrictamente cronológico y presentaremos a los testigos en el orden en que fueron "apareciendo" en la escena del crimen, a fin de ir recreando los hechos ante el tribunal, tal y como ellos ocurrieron. Otras veces, preferiremos estructurar la historia en derredor de nuestro testigo estrella y luego utilizar los demás testimonios como refuerzos de aquél. Para otro tipo de casos, preferiremos agrupar a los testigos de acuerdo a la cantidad de información que cada uno entrega respecto al caso, ofreciendo primero al testigo que nos puede dar cuenta del relato general de los hechos y yendo luego con los testigos que aportan relatos parciales.

Como en el armado de un puzzle, nuestra misión será determinar en qué orden los testigos encajan mejor dentro de la globalidad de nuestro caso, cómo construyen de manera más efectiva nuestra teoría del caso y cómo el orden de presentación del caso ofrece al tribunal un relato más claro, ordenado y verosímil.

6.1.2. *Orden del testimonio*

Cuando hablamos del orden del testimonio nos estamos refiriendo al orden o la sucesión con que organizaremos la información que cada testigo aporta a nuestro relato dentro

de su propio examen directo. Al igual que en el caso anterior, el orden del testimonio es una decisión de carácter estratégico, sin que existan criterios orientadores rígidos o reglas de oro inamovibles o únicas.

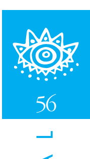
La experiencia de sistemas con más tradición en procesos orales adversariales da cuenta que, en general, el orden del testimonio obtenido, en un examen directo, suele ceñirse al orden cronológico. Es decir, los relatos de los testigos presentados por nosotros se obtienen normalmente siguiendo la sucesión temporal en la que acaecieron los hechos presenciados o conocidos por el testigo. Por ejemplo, si un testigo observó un delito de robo en el que el acusado intimidó con un arma de fuego a la víctima y luego salió huyendo del lugar de los hechos, lo normal será que el examen directo comience con preguntas orientadas a describir el lugar en donde estaba el testigo y la hora; luego pedirá información acerca de las acciones del imputado en contra de la víctima para obtener de ella el dinero; a continuación se explorará con el testigo su apreciación sobre las reacciones de la víctima frente al acto de intimidación con el arma de fuego; finalmente, la identificación del acusado y su fuga. En cambio, no sería cronológico, en este ejemplo, que el relato del testigo comenzara por la fuga del acusado, luego explicara el lugar en donde estaba el testigo, a continuación diera cuenta de las acciones del imputado y, finalmente, explicara la reacción de la víctima ante la intimidación. En este segundo caso, no obstante producirse un relato completo de los hechos del caso, se sigue un orden más bien temático.

El porqué estructuraríamos cronológicamente este relato obedece a ciertas cuestiones de sentido común. La forma cronológica de organizar las cosas es el modo usual en el que estructuramos nuestros relatos en la vida cotidiana y, en consecuencia, es la forma natural en la que estamos acostumbrados a exponer hechos y comprenderlos. Incluso más, se trata de la forma en que naturalmente organizamos nuestros propios pensamientos. Por lo mismo, la estructuración cronológica del examen directo no sólo es conveniente debido a que facilita la labor del testigo, sino que también porque contribuye a formar un relato más claro para el propio juzgador, a la vez que facilita nuestro trabajo en la obtención de la información.

Todos tenemos experiencia compartida acerca de lo difícil que resulta comprender a cabalidad relatos no cronológicos. Quizás el mejor ejemplo de esto lo aporta la cinematografía. Hace algún tiempo se proyectó la película Memento -del director Christopher Nolan-, la misma recibió muy buena crítica internacional, debido a que el director hacía un giro radical en la organización del relato presentado en la película, ese relato iba de atrás para adelante. Los que vimos dicha película, junto a valorar su gran calidad, seguramente compartimos el comentario de lo difícil que resultó seguir y comprender la forma en que los hechos que conformaban la historia iban siendo relatados. Esa mayor dificultad para comprender el relato, que el director nos ofreció, era parte de su propuesta estética y eso le valió muy favorables críticas. Si trasladáramos un relato de este tipo a un tribunal, seguramente las grandes críticas, pero negativas, serían para el abogado litigante, ya que tendrían a un tribunal confundido, sin claridad acerca de su teoría del caso y, en consecuencia, con menos posibilidades de comprender la historia que su versión compone.

El hecho de que una buena porción de los exámenes directos se organice en forma cronológica no impone un único o exclusivo modelo de organización, existen diversas formas de organizar la cronología. Así, siguiendo a Bergman[9], sugerimos dos esquemas de orga-

[9] Bergman, Paul. La Defensa en Juicio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. 71.



nización cronológica de un relato en juicio, las mismas dan cuenta de la diversidad de opciones existentes en la materia:

Esquema Nº 1:

a. Pregunta del Primer hecho
   Pregunta de los detalles de este hecho
b. Pregunta del Segundo hecho
   Pregunta de los detalles de este hecho
c. Etc.

En este primer esquema, el orden del examen directo se organiza sobre la base de la cronología de hechos y, en cada uno de éstos, el litigante se detiene en los detalles relevantes. Una vez agotados, el litigante vuelve sobre el orden o sucesión cronológica de los hechos.

Esquema Nº 2:

a. Le permite al testigo hacer un relato general y progresivo acerca de los hechos

b. Detalles de los hechos relevantes
   En este esquema el litigante permite que el testigo señale los detalles que él desee para, al final, preguntarle por algunos de los detalles de la historia mencionados o no por él; los mismos que destacan su importancia, con relación a las proposiciones que queremos probar durante el juicio.

La opción por uno u otro esquema va a depender del tipo de historia a relatar y del tipo de testigo con el que se cuenta. La ventaja del primero es que la historia se va construyendo con lujo de detalles ante los ojos del juzgador, sin embargo, corriéndose el riesgo de hacer que el tribunal pierda la orientación y el sentido general del relato. La ventaja del segundo, como contrapartida, es precisamente la opuesta; entrega una visión general, de manera que el juzgador conozca claramente cuál es la conclusión que se persigue con el relato, cuyos detalles se reservan para un momento posterior,además, la elección de cada orden depende de la calidad del testigo. Si se trata de un testigo articulado que es capaz de relatar en forma solvente una historia, probablemente el segundo esquema es una opción. En cambio, si se trata de un testigo que requiere mayor direccionamiento u orden para contar lo que sabe, probablemente el primer esquema es más apropiado.

Hay ciertos casos en que los relatos de los testigos incluyen situaciones más complejas, en los que de todas maneras es posible organizar en forma cronológica el relato. Así ocurre, por ejemplo, cuando una historia está compuesta de una serie de hechos que sobrevienen más o menos en un mismo período. En casos de este tipo se pueden establecer sub-cronologías para cada uno de los hechos. Por ejemplo, si la estafa se realizó a través de la celebración de cuatro contratos diferentes, se puede establecer una cronología por cada contrato, aún cuando ellos se hubieran celebrado en forma simultánea; este relato permitirá contar en forma cronológica la manera en que cada uno de ellos fue realizado.

En otras oportunidades se pueden introducir pequeñas variaciones al relato que afectan a una cronología estricta del mismo, pero que mantengan una estructura general claramente cronológica. Así ocurre cuando, por ejemplo, el examen directo se inicia con la secuencia final del relato -ejemplo: si yo vi a Pedro Soto muerto ese día-; dato a partir del cual se sitúa el contexto sobre el que se desarrolla la historia y luego se vuelve al relato cronológico. Si bien esto modifica la cronología estricta -pues parte preguntando por un hecho cronológicamente posterior y luego regresa en el tiempo-, necesariamente, en algún momento, se deberá recurrir al orden cronológico para el desarrollo del relato.

En las hipótesis anteriores se trata de casos en los que existen alteraciones a la cronología estricta, pero donde la regla general de organización se mantiene. Con todo, hay casos en que la estrategia aconseja estructurar el exa-

men directo sin remisión a órdenes estrictamente cronológicos, sino que utilizando algunas otras alternativas.

Una primera hipótesis se produce en situaciones en las que el objetivo de la declaración de los testigos es reforzar un hecho muy específico y concreto del relato general o de la teoría del caso. En este tipo de situaciones es posible sacrificar el orden cronológico del testimonio, a cambio de obtener un mayor impacto en el tema específico que se busca enfatizar en el proceso. Por ejemplo, cuando la empleada doméstica va a declarar no sólo cómo vio al acusado en la casa, momentos antes de la hora establecida del homicidio de su patrona, sino además, cómo escuchó al acusado un mes antes persuadirla de que cambiará el testamento en su favor: en este caso tal vez el abogado quiera ir sobre la cuestión del testamento, sólo una vez que el examen directo le ha sugerido a los jueces que el acusado es el homicida ; ello hace que la cuestión del testamento adquiera su real dimensión, como móvil del homicidio. Esto rompe la cronología estricta (el episodio del testamento ocurrió un mes antes) y hace de la parte del relato asociada al testamento más bien una organziación temática, pero parece que en este caso esa, es un modo más efectivo de introducir dicha información.

Un segundo caso, en el que es posible sacrificar el orden cronológico en el relato de un testigo, es con el objeto de fortalecer la credibilidad de determinadas afirmaciones que ponen de manifiesto la exactitud de otra afirmación. Esto ocurre cuando una parte del relato refuerza a otra, estando ambas separadas cronológicamente.

Por ejemplo:

P: *¿Dónde estaba el 8 de Diciembre a las 21 horas?*

R: *Leyendo, junto a la ventana de mi dormitorio.*

P: *¿Hubo algo que lo haya distraído de su lectura aquella noche?*

R: *Sí. Vi al acusado, que es mi vecino, golpeando a su mujer en el jardín de su casa.*

P: *Sr. Testigo, ¿qué distancia hay entre la ventana de su pieza y el jardín de su vecino?*

R: *Debe haber unos cincuenta metros aproximadamente.*

P: *Y a esa distancia, ¿cómo pudo distinguir que se trataba del acusado y su señora?*

R: *Es que ese mismo día en la mañana había recibido un telescopio que encargué por correo y que tenía armado junto a la ventana de mi pieza.*

P: *¿Cuándo armó el telescopio?*

R: *Esa misma mañana...*

En estricto rigor, la recepción del telescopio debiera situarse al inicio del interrogatorio, ya que ocurrió en la mañana y los hechos de fondo tuvieron lugar en la noche. Sin embargo, sólo para fortalecer la credibilidad en la buena visión del testigo, se retrocede en el tiempo con esa pregunta para luego retomar el orden cronológico.

Finalmente, hay ocasiones en que el desarrollo cronológico de los acontecimientos carece de importancia. En ellos no resulta relevante averiguar cuándo precisamente ocurrieron los hechos objeto del testimonio, de manera que la proposición fáctica es susceptible de ser probada, aún prescindiendo de ese conocimiento exacto. Por ejemplo, en situaciones de hechos complejos en los que muchas acciones ocurren coetáneamente. Supongamos una pelea masiva en un bar en la que varias personas resultan heridas o muertas, en hipótesis de esa naturaleza, la reconstrucción cronológica de cada una de las acciones de la pelea puede resultar imposible y confusa. En ese evento, el examen directo intentará descomponer los hechos y temas, de forma que el relato del testigo pueda entregar una imagen acerca de los

principales hechos que presenció, sin que necesariamente ellos representen un relato estrictamente cronológico para toda la pelea.

6.2. Herramientas para ejecutar un examen directo (tipos de preguntas)

Tal como los carpinteros cuentan con una herramienta central cuando desean introducir un clavo en una madera (el martillo en sus diversas versiones), los abogados litigantes disponen esencialmente de una herramienta para obtener la información de los testigos en juicio: las preguntas.

En esta sección nos referiremos a los distintos tipos de preguntas que un litigante puede utilizar en la ejecución del examen directo y de las estrategias centrales en la elección de los tipos de preguntas a utilizar.

6.2.1. *El Testigo es el protagonista en el Examen Directo*

Un punto previo, que es necesario clarificar antes de entrar al análisis detallado de las preguntas que se pueden formular en el examen directo, tiene que ver con recordar el objetivo estratégico central de esta actividad en juicio. El examen directo pretende acreditar proposiciones fácticas, poner en el lenguaje de la prueba la teoría del caso del litigante. Por ello, un primer consejo en esta materia es que el abogado que realiza el examen directo debe abstenerse de ser el protagonista del mismo, dejando que el testigo cumpla su rol probatorio a cabalidad. Mientras más ocurra ello, lo que se instalará en la mente del tribuna es la imagen del testigo declarando, en lugar de la imagen del abogado haciendo preguntas, tanto mejor habremos ejecutado el examen directo. Si, por el contrario, la memoria del tribunal recuerda más al abogado que al testigo, esto puede terminar siendo un problema.

Veamos un ejemplo que nos ayude a entender mejor este punto. El siguiente es un trozo de un examen directo:

P: Sr. Pérez ¿vio usted al "Cara de Perro" el día de los hechos?
R: Sí.
P: ¿Lo vio entrar en la casa?
R: Sí.
P: ¿Podría decirle al tribunal por dónde vio al "Cara de Perro" entrar en la casa?
R: Saltó la pandereta del jardín.
P: Sr. Pérez, al momento en que usted lo vio saltar la pandereta, ¿pudo observar si el "Cara de Perro" llevaba algo consigo en alguna de sus manos?
R: Si, llevaba un arma en su mano derecha.
P: En su mano derecha llevaba un arma, ¿se trataba de un revólver u otro tipo de arma?
R: Si, era un revólver.
P: El revólver que usted vio llevaba el Sr. "Cara de Perro" al momento de saltar la pandereta, ¿tenía alguna característica especial?
R: Sí, la tenía.
P: Bien, descríbanos...

En el ejemplo, parece que mucha de la información proviene más del abogado que del testigo, que el aporte de éste último es pobre y que es más bien el abogado quien construyó el relato y los hechos, en base a preguntas que incorporan buena parte de la información relevante, misma que debiera haber entregado el testigo. Si los jueces adquieren la impresión de que el testigo es un monigote sobrepreparado y que sólo está en condiciones de responder con monosílabos o sobre la base de información ya aportada por el propio abogado, ello tiene costos de credibilidad muy importantes.
Es necesario reiterar, en este punto, un aspecto básico y central sobre la lógica de los juicios orales: los abogados no son prueba y sus opiniones y expresiones, en principio, son irrelevantes como tales. En consecuencia, la infor-

mación que el tribunal debe valorar para decidir el caso debe necesariamente emanar de los testigos u otras fuentes de información según fuer el caso. Si el tribunal cree que el testigo no está haciendo más que repetir lo que el abogado dice y le resta credibilidad por esa vía al testigo, entonces nos quedamos sin prueba para las proposiciones fácticas en cuestión.

Un examen directo persuasivo depende, en gran parte, de que las preguntas formuladas se adecuen al objetivo que se desea alcanzar. Existen diversos tipos de preguntas y se deben emplear dependiendo del objetivo específico que con ellas se persiga, de las circunstancias y características concretas del caso y de nuestro testigo. En general, un examen directo efectivo integrará los diversos tipos de preguntas. Veamos entonces las alternativas de las que dispone un litigante para formular sus preguntas en el examen directo.

Antes de revisar los tipos de preguntas, sobre cuya base puede estructurarse eficazmente un examen directo, es necesario tener presente lo dispuesto en los artículos 136 inciso final y 294 inciso final del Código de Procedimiento Penal; ambos artículos establecen una prohibición genérica para realizar preguntas capciosas, sugestivas e impertinentes. Volveremos sobre estas normas más adelante, por ahora basta decir que los tipos de preguntas que revisaremos a continuación resultan plenamente compatibles con esta prohibición, establecida en el código del Ecuador.

6.2.2. *Tipos de preguntas*

Son cinco los tipos de preguntas que nos interesa describir en esta sección. Luego, en el Capítulo V, destinado al análisis de las objeciones en juicio, tendremos oportunidad de analizar con más detalles algunos problemas, que potencialmente pueden existir con la admisibilidad de las mismas. Por ahora, nos centraremos en describir los tipos de preguntas y analizar sus ventajas y desventajas en diversos escenarios de litigación.

a) Preguntas abiertas

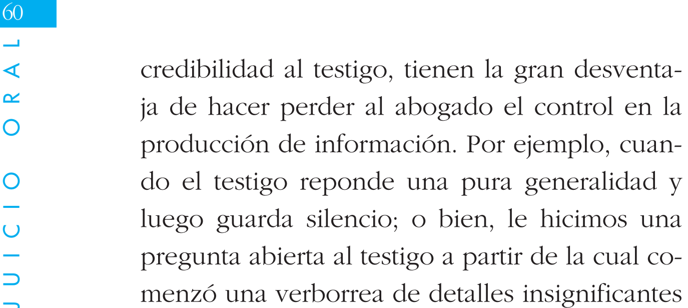
Las preguntas abiertas son probablemente la principal herramienta en un examen directo. Las preguntas abiertas son aquéllas que invitan al testigo a formular la respuesta en sus propias palabras. Estas preguntas típicamente siguen el siguiente tenor:

¿Qué hizo el día 14 de Agosto?
¿Qué sucedió después que entró en la casa?
¿Qué hizo luego?
¿En qué consiste una vasectomía?

En todos estos ejemplos se introduce al testigo una pregunta general, a partir de ella éste tiene amplia libertad para expresarse con sus propias palabras, sin que el abogado limite, restrinja o sugiera ciertas palabras para su declaración.

La gran ventaja de las preguntas abiertas es que ellas tienen el efecto de elevar la credibilidad del testigo, es decir potencialmente son mejores para generar y fortalecer su credibilidad. Esto se produce como consecuencia natural del hecho de dejar al testigo explicarse con sus propias palabras y le permiten al juzgador evaluar el grado de conocimiento que tiene de los hechos. Nada mejor para la credibilidad de un testigo, y de mi propia teoría del caso, que un relato sólido y consistente que emane de un testigo que no requiere ser llevado de la mano para contar cómo ocurrieron los hechos que supuestamente presenció.

Sin embargo, la contracara de las preguntas abiertas es que los relatos que genera el testigo pueden no aportar todos los detalles que el abogado necesita extraer del testigo, o bien incluir detalles sobreabundantes o de escaso interés. Esto es particularmente cierto en el caso de testigos hostiles, de aquellos poco locuaces o de quienes lo son en exceso. Entonces, mientras este tipo de preguntas permiten ganar



credibilidad al testigo, tienen la gran desventaja de hacer perder al abogado el control en la producción de información. Por ejemplo, cuando el testigo reponde una pura generalidad y luego guarda silencio; o bien, le hicimos una pregunta abierta al testigo a partir de la cual comenzó una verborrea de detalles insignificantes que no tienen ninguna relevancia para el caso.

En los casos, en que el testigo tiene problemas para focalizar su relato en los aspectos relevantes, la cantidad de información sin valor que incorpora en su relato distrae de lo relevante y potencialmente pueda afectar la valoración que el tribunal haga de él o la captura y comprensión por parte de los jueces de la información que realmente importa. Un ejemplo dejará claro el punto.

P: *¿Nos podría contar acerca de su relación con la acusada?*

R: *Bueno, yo soy vecina de la acusada hace como 45 años, siempre hemos sido buenas amigas, ella me contaba que su esposo siempre llegaba tarde y que le iba muy bien en la oficina y que cuando se ganara el Loto iban a ir a Cuba, siempre y cuando no ocurriera ningún inconveniente, porque usted sabe que siempre que se planifican esas vacaciones con mucha anticipación, déjeme contarle lo que me pasó en mis últimas vacaciones, de hecho mi familia arrendó una casa en la playa, aunque fue la última vez que hicimos eso, porque los arriendos en la playa han subido tanto, y entonces ahora tenemos que veranear en camping, aunque a los niños les carga, ya no sé que hacer con los niños que en estos días respectan cada vez menos a los padres...*

La testigo cuenta con información relevante acerca de la persona acusada, tienen muchos años de ser vecinas y, además, da cuenta de que conversaban asuntos personales. Sin embargo, dicha información es entregada en un mar de cuestiones o comentarios irrelevantes para el juicio que distraen al juzgador de aquellos puntos que efectivamente interesaba dejar claro en su mente (que a estas alturas, ya ni siquiera sabemos cuáles son).

Lo mismo ocurre cuando ciertos testigos declaran con una “agenda” de ideas o principios que ellos quieren señalar públicamente, no obstante no vincularse con el relato que está llamado a narrar. También resultan problemáticas este tipo de situaciones para nuestro objetivo, el de fijar ideas claras y precisas acerca de nuestra teoría del caso en la mente del juzgador. Veamos un ejemplo:

P: *¿Nos podría contar acerca de la relación de su hermana con su marido?*

R: *Mire, la relación era pésima. Esta es la situación típica de los hombres que golpean a sus mujeres, nosotras las muy miserables nos desvivimos por ellos, tenemos que soportarles todas sus cosas y tener todo listo, los niños durmiendo...*

Lo mismo ocurre aquí: la evidencia relevante y las ventajas que pudieron haber aportado a la credibilidad de la pregunta abierta, se diluyen en medio del tedio, la confusión o eventualmente del prejuicio que la declaración de principios pueda generar en el juzgador acerca de la credibilidad del testimonio.

En estos casos, será inevitable mantener al testigo bajo control, lo cual se logra cerrando las preguntas, o interrumpiendo cortésmente al testigo, con preguntas de seguimiento:

P: *¿Nos podría contar acerca de la relación de su hermana con su marido?*

R: *Mire, la relación era pésima. Esta es la situación típica de los hombres que golpean a sus mujeres...*

P: *Permítame interrumpila, señora testigo, ¿en qué sentido dice usted que era pésima la relación?*

R: *Buenos, discutían con frecuencia, a gritos, delante de los niños, se insultaban, y,*

como le digo, él le pegaba... y eso le estaba diciéndo, que esto es típico cuando los hombres le pegan a las mujeres...

P: *Señora testigo, si me permite, cuándo usted dice que él le pegaba, ¿cómo sabe eso?*

R: *Bueno, porque yo misma lo vi varias veces, y además ella llegaba llorando a mi casa casi todos los días diciéndome que él le había pegado... porque siempre que los hombres le pegan a las mujeres...*

P: *Señora testigo, me gustaría que tratáramos de focalizar nuestra conversación en la relación entre estas dos personas, y no en general entre todos los hombres y todas las mujeres... ¿cuántas veces vio al acusado pegarle a su mujer?...*

En este caso las preguntas cerradas de seguimiento van focalizando al testigo, a la vez que le impiden extenderse en la información irrelevante o la agenda propia del testigo.

b) Preguntas cerradas

Las preguntas cerradas son otro grupo de preguntas admisibles y útiles en el examen directo. Las preguntas cerradas son aquéllas que invitan al testigo a escoger una de entre varias respuestas posibles y que, por lo mismo, focalizan la declaración del testigo en aspectos específicos del relato. No sugieren al testigo una respuesta deseada, pero tampoco permiten el desarrollo de un relato abierto acerca del caso, en los términos propios del testigo. Estas preguntas exigen que el testigo suministre una respuesta específica. A continuación se muestran algunos ejemplos de preguntas cerradas:

P: ¿Qué marca es su auto?
R: Subaru.
P: ¿De qué color era su pelo?
R: Negro.
P: ¿Cuál es el nombre de su hermana?
R: María.

Como se puede apreciar en cada uno de los ejemplos, la pregunta cerrada exige una respuesta específica de parte del testigo: una marca, un color, un nombre. No se trata de una pregunta sugestiva, pues la marca, color o nombre no son sugeridos por la pregunta. El testigo tiene todas las marcas, colores y nombres disponibles en su respuesta, pero la respuesta le pide al testigo optar por una respuesta. En ese sentido, la pregunta cerrada le sigue entregando al testigo plena libertad de respuesta, pero dentro de un entorno de información muy específico.

Hay que diferenciar claramente entre las preguntas cerradas y aquellas que son sugestivas, pues éstas últimas están prohibidas por el código, según ya lo hemos mencionado. Es necesario remarcar la diferencia nuevamente: la pregunta cerrada no sugiere al testigo la respuesta deseada, sino que deja abierta la opción, por limitada que ésta sea. Un típico ejemplo de pregunta sugestiva sería la formula que actualmente se utiliza para la absolución de posiciones en nuestros procedimientos civiles:

"Para que diga cómo es efectivo que la difunta tenía una mala relación con su marido."

Como se puede apreciar, esta pregunta va mucho más allá de ser una pregunta cerrada. La pregunta contiene su propia respuesta ("la difunta tenía una mala relación con su esposo").

Las preguntas cerradas tienen las ventajas y desventajas inversas de las preguntas abiertas. La principal ventaja de las preguntas cerradas es el control que le entregan al litigante, en términos de poder obtener del testigo toda la información que éste posee y sólo la información relevante. Otra virtud, asociada a la anterior, es que las preguntas cerradas permiten un impacto directo sobre puntos específicos. Finalmente, las preguntas cerradas pueden ser empleadas también para refrescar la memoria y para interrogar testigos poco aptos, como aquellos que son muy jóvenes, tímidos o los que se confunden con preguntas abiertas.

La desventaja de las preguntas cerradas es

la fortaleza de las abiertas: su eventual impacto de credibilidad. En la medida en que las preguntas cerradas no permitan o dificulten al tribunal formarse una opinión acerca de cuánto sabe realmente el testigo, su credibilidad puede verse dañada.

Como dijimos anteriormente, un buen examen directo integra con frecuencia tanto las preguntas abiertas como las cerradas, de manera que las ventajas de ambas se potencien y las desventajas se minimicen: le pregunto cerradamente para que vaya sobre la información específica, pero luego le pido narraciones abiertas para que el tribunal obtenga del propio testigo los relatos que den cuenta de que genuinamente presenció los hechos y así en infinitas combinaciones.

c) Intro.ducciones y transiciones

Con frecuencia, especialmente cuando estamos cambiando de tema, resulta útil encabezar nuestras preguntas con una formulación que permita a los testigos y al juzgador situarse en el contexto en el cual éstas van a desarrollar el examen directo, facilitando la comprensión de la información que se espera proporcione el testigo. Se trata de encabezados que incorporan información de contexto para ubicar al testigo en su respuesta o para introducir un tema nuevo en el relato.

P: Sr. Salvatierra, ahora voy a preguntarle acerca de sus relaciones con el acusado, específicamente acerca de su relación profesional...

Como se observa en el ejemplo, se trata de introducir y hacer transitar al testigo desde el tema que se venía discutiendo, hacia un tema nuevo. Este encabezado incorpora cierta información en la pregunta (usted tenía una relación profesional con el acusado), lo cual podría estimarse sugestivo. Pero, en la medida en que se lo hace con el único propósito de permitir al testigo comprender con mayor claridad "para dónde va la cosa", no debería presentar problemas de admisibilidad.

La importancia de estas preguntas es posibilitar al testigo su clara comprención del tema que se le pregunta, como asimismo al tribunal para ubicarse bien en el contexto general del relato. Debemos tener presente que, para muchos testigos, su presencia en el juicio será una experiencia única y en muchas ocasiones bastante intimidante. En este escenario, queremos evitar que el testigo, por nerviosismo, inhibición o intimidación con el ambiente, no entienda lo que realmente preguntamos o no conteste lo que esperábamos. Las preguntas de introducción y transición constituyen herramientas del litigante para enfrentar este tipo de situaciones.

d) Preguntas sugestivas

Ya hemos mencionado algo sobre esto, y lo seguiremos examinando con más detalle a propósito del contraexamen y de las objeciones. Las preguntas sugestivas están prohibidas en el examen directo por el Código de Procedimiento Penal. Sin perjuicio de esto, nos interesa destacar algunas cuestiones básicas de tener presentes a esta altura.

¿Qué son las preguntas sugestivas? Las preguntas sugestivas son aquellas que incorporan su propia respuesta. Es decir, son aquellas en que la respuesta está contenida en la propia formulación de la pregunta. Son, pues, las preguntas más cerradas de todas, pues sólo permiten al testigo confirmar o negar su contenido. Si se quiere, en la pregunta sugestiva quien realmente está declarando mediante su pregunta es el abogado. El abogado es el que estaría poniendo las palabras de la respuesta en la boca del testigo. Estas preguntas suelen estar prohibidas en cualquier modelo de juicio oral respecto del examen directo. Veamos un par de ejemplos de este tipo de preguntas:

- *¿Sintió olor a gas cuando entró a la casa? ("había olor, y era a gas")*

- *¿Tenía el acusado un cuchillo en la mano? ("el acusado tenía un cuchillo y ese cuchillo estaba en su mano").*

En el primer caso, si es parte del testimonio "genuino" del testigo el hecho de que había olor a gas, entonces el tribunal querrá que uno le pregunte si notó algo extraño, si algo le llamó la atención o -como máximo- si había algún olor en particular. Si el testigo en verdad tiene este recuerdo en su memoria, entonces cualquiera de estas preguntas debiera bastarle. En cambio, la pregunta sugestiva parece "soplarle" al testigo una cierta respuesta, cuestión que no resulta admisible en el examen directo. Lo mismo en el segundo ejemplo: si es parte de la memoria del testigo que la persona a la que vio tenía un cuchillo en la mano, entonces queremos oírlo de él y no llenarnos de sospechas de que dicha afirmación no proviene de un recuerdo más lejano que la preparación que hizo el abogado del testigo la tarde anterior al juicio. Las preguntas sugestivas, entonces, están prohibidas en el examen directo y el abogado debe tenerlo presente porque la contraparte podrá objetarlo cuando incurra en ellas. La situación de este tipo de preguntas es completamente distinta en el contraexamen, como se verá en su momento.

Adicionalmente a la cuestión de admisibilidad, desde el punto de vista estratégico, las preguntas sugestivas (aún cuando no fueran prohibidas o mi contraparte no las objetara) maximizan los problemas de las preguntas cerradas: hacen perder la credibilidad del testigo.

6.2.3. *El examen directo como una combinación de preguntas*

En esta maraña de preguntas, opciones estratégicas, ventajas y desventajas, surge la pregunta básica para el litigante: ¿Cómo conviene organizar el examen directo desde el punto de vista de las preguntas?

La forma común para preparar un examen directo es la combinación de preguntas abiertas y cerradas, y el uso de preguntas de introducción y transición. Lo normal será iniciar los relatos con preguntas abiertas, que permitan al testigo hablar sobre los hechos que conoce. A partir de este relato inicial se utilizarán preguntas cerradas de seguimiento o para enfatizar aspectos específicos. Veamos un ejemplo de combinación:

P: *Señor Corrales, déjeme ahora centrar su atención en el día en qué ocurrieron los hechos (Pregunta de transición) ¿Qué sucedió esa mañana? (pregunta abierta).*

R: *Bueno, yo me había levantado muy temprano porque había decidido ir a ver a mi amiga Clara... lo que pasa es que ella se acababa de separar y estaba muy deprimida, por eso yo le dije que yo me ofrecía para ir a hacerle compañía, porque yo soy así, siempre al lado de mis amigas, porque yo también me separé hace poco... bueno, entonces llegué a la casa de Clara y de inmediato como que empecé a sentir que algo estaba mal, porque cuando abrí la puerta del jardín salió corriendo un gato negro, y a mí una vez una persona que entiende de estas cosas me dijo que los gatos negros que aparecían repentinamente predecían desgracias... así que cuando entré vi a Clara tirada en el suelo y al señor Gutiérrez (el acusado) que estaba sentado a su lado, llorando...*

P: *Permítame interrumpirlo aquí un momento, ¿notó alguna otra cosa particular cuando entró a la casa? (cerrada).*

R: *Bueno, había un olor terrible. Y entonces después de que vi al gato...*

P: *Señor Corrales, perdone que lo interrumpa de nuevo... ¿pudo identificar de qué olor se trataba? (cerrada).*

R: *Había olor como a quemado y como olor a gas. Apenas se podía respirar allí adentro.*

P: *Cuando usted dice que sintió olor "como a*

gas", ¿quiere decir que tuvo dudas en ese momento si era efectivamente a gas? (cerrada).

R: *No, no tuve ninguna duda, era olor a gas. Era inaguantable.*

P *¿Y entonces qué pasó? (abierta).*

R: *Bueno, entonces fui a la pieza de Clarita, y ahí vi al acusado, el señor Gutiérrez, que estaba llorando al lado del cuerpo de ella, que estaba tirado en el suelo?...*

Entonces a partir de una pregunta abierta, quedan de manifiesto detalles relevantes, los cuales permiten hacer un seguimiento dirigido a la proposición fáctica principal, por ejemplo en nuestro caso, que Clara había muerto producto del gas y que el acusado, aún a riesgo de su propia salud, la estaba llorando a su lado (pensando ya en el alegato de clausura..."Esa no es -señores jueces- la clase de cortesías que suele ofrecer un homicida a sus víctimas...").

Las posibilidades de combinación son múltiples. Lo que queremos destacar es la idea de que un examen directo más efectivo normalmente utilizará todo el arsenal de preguntas admisibles. La intensidad en el uso de una u otra pregunta (abierta o cerrada) normalmente dependerá del tipo de testigo que se tenga enfrente. Esta evaluación sólo surge como consecuencia de una adecuada preparación del testigo. Para esto, debemos reunirnos con el testigo antes del juicio, repasar con él los hechos que conoce, ensayar el tipo de preguntas que podrían formulársele en la audiencia, etc. Sin una preparación de este tipo, resulta bastante difícil tener una evaluación certera de la forma en que resulta más conveniente estructurar el examen para este testigo en particular.

7. La preparación del testigo

A esta altura comienza a ser insistente un tema crucial para que el examen directo del testigo sea efectivo: su preparación. Si bien este texto aborda el trabajo con el testigo, desde el punto de vista de las destrezas requeridas para litigar en el juicio, es necesario destacar que resulta difícil concebir un buen examen directo (particularmente de quienes comparecen por primera vez a juicio) sin que exista un trabajo previo de preparación del mismo, de parte del litigante, cuestión que también requiere el desarrollo de destrezas -y marcos regulatorios- que exceden el marco de este trabajo.

Como dice Goldberg hay tres verdades que son aplicables a todo testigo: "(1) Los testigos están nerviosos cuando atestiguan en juicio. (2) Los testigos, incluso los peores, aportan algo bueno, e incluso los mejores tienen algo malo. (3) Los testigos saben mucho más acerca de la sustancia de su testimonio que lo que saben acerca del modo de presentarla" . Estas tres verdades hacen que el trabajo de preparación de un testigo, antes de su comparecencia a juicio, sea fundamental para asegurar que la información, de la que el testigo dispone sea presentada a los jueces en forma clara y con calidad. El juicio oral constituye un escenario tremendamente vertiginoso y cruel para quienes cometen errores y se desesmpeñan en él, por lo que la preparación del testigo es una actividad central en el objetivo de minimizar dichos errores y poder presentar a los jueces información relevante de manera entendible, clara y creíble.

Un problema en nuestra cultura jurídica tradicional es que la idea de "preparar" al testigo se asocia con ciertas prácticas de los litigantes que presentan serios problemas éticos o incluso de legalidad o licitud. Así, en sus peores versiones, la preparación se entiende, de parte de los litigantes, como la construcción de un libreto o una pauta prefabricada de respuestas, a las que el testigo debe sujetarse, sin importar que ésta no coincida con el contenido real de su relato, incluso inexistente en mu-

chos casos. En este sentido "preparar" a un testigo es casi sinónimo de construir un testigo perjuro. La primera imagen que se viene a la cabeza, dentro de las actuales prácticas en nuestro país, es lo que ocurre con la "preparación" de los testigos en los procedimientos ante los juzgados de policía local; donde existe el mayor porcentaje de ciudadanos que a grandes distancias y bajo condiciones de percepción muy limitadas son capaces de recordar los más ínfimos y absurdos detalles de un accidente de tránsito.

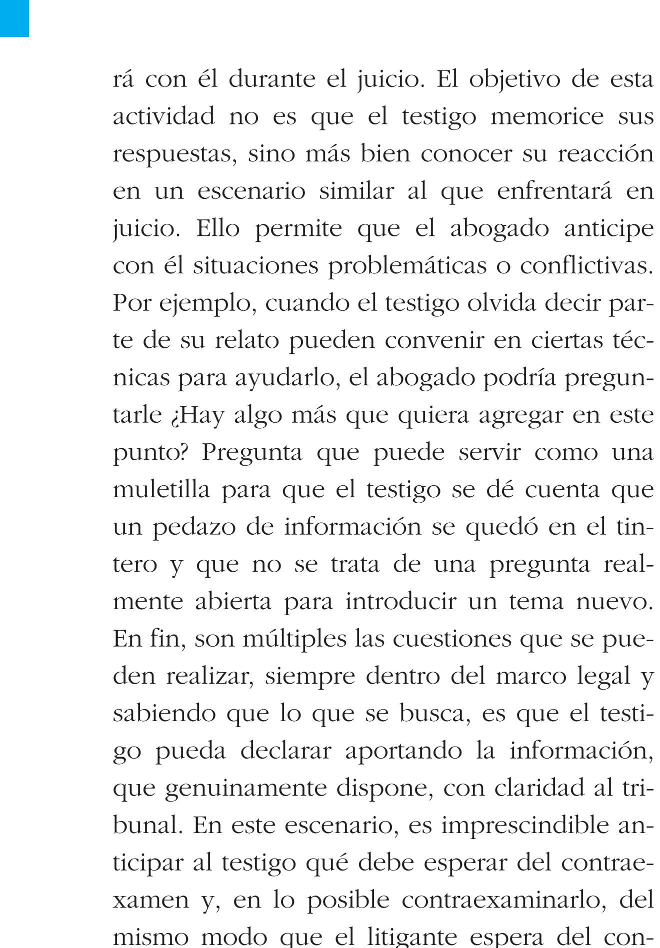
Al hablar de preparación, en el caso de la litigación en juicios orales, nos estamos refiriendo a algo completamente distinto. ¿A qué nos referimos entonces?

La preparación del testigo, en realidad, prepara tanto al testigo como al abogado y supone varias cosas dentro del margen de lo que es ética y legalmente admisible. Todas ellas suponen la necesidad, para el litigante, de reunirse con el testigo con anterioridad al juicio. En esta reunión son varias las actividades de preparación.

Desde el punto de vista del abogado, ésta es la consagración final de una idea que vamos a repetir con énfasis a propósito del contraexamen: un litigante profesional va al juicio a exponer información, no a buscarla. El juicio no es una instancia de investigación. Esto se traduce cuando en el juicio un litigante, que sabe lo que está haciendo, no hace preguntas cuya respuesta no conoce: cada vez que hago la pregunta, es porque conozco la respuesta y sé cómo ella encaja en mi teoría del caso. Eso es cierto, particularmente cierto en el contraexamen, pero es completamente válido para examen directo también. Este conocimiento de la información y las respuestas proviene del conjunto de mi investigación, pero especialmente de mi preparación de los testigos. Entonces el litigante debe recorrer con el testigo su relato, explorar los detalles relevantes, conocer sus debilidades, explorar explicaciones razonables para anticiparlas durante el examen directo. Sin una preparación en esta línea, no es posible conocer bien al testigo, tener información fresca y clara acerca de su declaración, evaluar sus necesidades o carencias para preparar el tipo de preguntas que se le formulará, etc.

En relación con el testigo, la preparación incluye también variados aspectos. En primer lugar, el abogado debe ilustrar al testigo acerca de su rol en el juicio y del marco general en que éste se desarrollará. Así, debe dárle toda la información que sea necesaria, para que el testigo tenga claridad acerca de lo que hará en la sala de audiencia; explicarle cómo se insertará eso en el contexto general del juicio y cuáles son sus derechos y las expectativas del sistema frente a su declaración. Es muy importante que el testigo comprenda que su testimonio se inserta en una actividad más compleja y que su comparecencia en juicio puede significar, entre otras cosas, esperas largas en una sala aislada. También es importante que el testigo sepa que cuenta con ciertos derechos en el momento de declarar, por ejemplo a guardar silencio, tratándose de respuestas que podrían ser incriminatorias, entre otros. Junto con lo anterior, es indispensable que el testigo cuente con información acerca del caso mismo, la misma que en lo posible le permita identificar qué porciones de su relato son relevantes para el juicio. Los testigos disponen de mucha información y de muy variada especie, por ello es relevante que en el momento de prestar testimonio estén medianamente enfocados, y no se pierda tiempo con información distractiva o derechamente irrelevante.

Además, de lo descrito, es necesario que el testigo pueda experimentar el escenario que enfrentará en el juicio oral. Esto puede hacerse ya sea formulandole el tipo de preguntas que se le realizarán en juicio o derechamente realizando un simulacro completo de lo que ocurri-



rá con él durante el juicio. El objetivo de esta actividad no es que el testigo memorice sus respuestas, sino más bien conocer su reacción en un escenario similar al que enfrentará en juicio. Ello permite que el abogado anticipe con él situaciones problemáticas o conflictivas. Por ejemplo, cuando el testigo olvida decir parte de su relato pueden convenir en ciertas técnicas para ayudarlo, el abogado podría preguntarle ¿Hay algo más que quiera agregar en este punto? Pregunta que puede servir como una muletilla para que el testigo se dé cuenta que un pedazo de información se quedó en el tintero y que no se trata de una pregunta realmente abierta para introducir un tema nuevo. En fin, son múltiples las cuestiones que se pueden realizar, siempre dentro del marco legal y sabiendo que lo que se busca, es que el testigo pueda declarar aportando la información, que genuinamente dispone, con claridad al tribunal. En este escenario, es imprescindible anticipar al testigo qué debe esperar del contraexamen y, en lo posible contraexaminarlo, del mismo modo que el litigante espera del contraexamen de la contraparte. Esto le permitirá tanto al testigo entender lo que tendrá lugar, como al litigante preveer áreas problemáticas del testimonio, de las que tal vez quiera hacerse cargo en el examen directo.

El límite entre la preparación profesional y la preparación ilícita de un testigo se resume en la siguiente fórmula: el abogado no puede incorporar información en la mente del testigo. Puede pedirle que recuerde, puede preguntarle si está seguro, incluso puede decirle que hay aspectos que no le preguntará y que no es información que le interese incorporar en el juicio; pero, no puede incorporar información en la mente del testigo. Por ejemplo, supongamos que, en la preparación del testigo, le mostramos las fotos que queremos introducir en el juicio como prueba. Las fotos muestran el auto en que supuestamente se cometió el delito que él presenció. Si el testigo nos dice “creo que éste es el auto”, no podemos responderle “no se preocupe, créame, éste es... ¿confía en mí?, yo le aseguro que éste es...”. Más bien, ante esa respuesta, nuestra reación, si queremos seguir manteniendo la preparación legítima, debe ser: “señor testigo, le voy a pedir que por favor ponga su atención en estas fotos, y que me diga si está en condiciones de reconocer este auto cómo el auto en que vio al detenido ese día... (porque si no puede, tal vez prescinda de las fotos, o tal vez las ingrese con otro testigo...)”.

El trabajo de preparación de un testigo supone varias destrezas y para ello también hay acumulada, en el contexto de sistemas comparados, muchas buenas prácticas que se traducen en algunas recomendaciones de metodologías de trabajo muy específicas. No podemos deternos en ellas en este trabajo. Nuestro objetivo central es marcar el punto de la necesidad y relevancia que tiene el trabajo de preparación, para mejorar la calidad de información que se produce en los examenes directos y el hecho de que hay formas, no sólo legítimas, de preparar a los testigos, sino además constitutivas de una exigencia profesional.

8. Algunas recomendaciones sobre la producción del testimonio

Para terminar este capítulo, quisiéramos revisar algunas recomendaciones generales para la preparación de un examen directo. Todas estas recomendaciones apuntan a que el litigante pueda potenciar de mejor forma los resultados de litigación y evitar ciertos errores comunes que son posibles de observar en el funcionamiento diario del nuevo sistema procesal penal. Como en todas las materias de litigación, también aquí se trata de recomendaciones basadas en la acumulación de experiencias y buenas prácticas, y no de reglas de oro o mandatos absolutos. De hecho, muchas de

estas recomendaciones suelen formularse en los manuales más acreditados sobre el tema en los países que cuentan con prácticas de litigación, en juicios orales, mucho más asentadas que en el nuestro .

8.1 Lenguaje común

El objetivo principal del examen directo -ofrecer un relato convincente- no puede ponerse en riesgo por el empleo de un lenguaje excesivamente técnico, especializado o no comprensible. El acto de litigar en un juicio oral es básicamente un acto de comunicación. Nuestro primer interés, entonces, es que los testigos y jueces realmente entienden las preguntas que estamos haciendo, las escuchen, y comprendan las pruebas que les estamos presentando. Para ello contamos con un lenguaje natural, con el que nos comunicamos todos nosotros testigos, jueces y abogados a diario. Por supuesto que el lenguaje técnico deberá ser utilizado allí donde fuere necesario, pero ello suele ocurrir en un número de ocasiones infinitamente menor a aquellos en que los abogados -por simple siutiquería- nos damos a referirnos a las cosas. Solemos hablar, durante los procesos, de un modo en que jamás lo haríamos si se tratara de decir lo mismo conversando con nuestra entorno no jurídico. Allí donde todos dirían "Juan le quitó un televisor a Pedro con un cuchillo", los abogados diríamos "Juan sustrajo con pleno conocimiento del injusto una especie mueble a Pedro en contra de su voluntad y utilizando a tal efecto un arma blanca cortopunzante". Y creemos que hablar de esa manera nos hace mejores abogados, cuando la mayoría de las veces sólo deteriora la calidad del acto comunicacional, pues este lenguaje, entre otras cosas, tiene la particularidad de construirse sobre abstracciones, conceptos y categorías, las cuales tienen menos poder descriptivo que las referencias al mundo concreto.

La recomendación de uso de lenguaje común se refiere tanto al abogado en las preguntas y alegatos que realiza ante el tribunal, como a la forma en la que se expresa el testigo cuando responde a nuestras preguntas (otro aspecto, entonces, a tratar en la preparación).

Cuando es el abogado el que no habla en un lenguaje sencillo, tiene el potencial de producir efectos negativos en dos órdenes de cuestiones: primero, el testigo no entiende la pregunta y por eso no responde bien; segundo, puede tener un impacto en la capacidad de atención del juzgador, alejándola de lo que está ocurriendo en el testimonio.

El abogado, entonces, debe tener especial cuidado de que el testigo se exprese en un lenguaje comprensible para el tribunal. No importa, si como litigante tengo claro el sentido de lo que mi testigo señala (entre otras cosas debido a que he conocido el contenido de la declaración previamente), lo relevante es que el tribunal lo entienda. Así, suele ocurrir que por distancia generacional o social los testigos se expresen utilizando palabras que resultan completamente ajenas o incomprensibles para los jueces o, peor aún que se puedan entender en un sentido diverso al que realmente tienen. En ese tipo de casos, el litigante deberá estar atento a que el testigo explique su relato con precisión y en un lenguaje que sea entendido por todos.

8.2 Directo al punto

Con esta fórmula, decimos que es importante presentar la evidencia de manera directa, evitando rodeos que pueden desdibujar lo principal de la historia. Los abogados en cambio -por alguna razón misteriosa- suelen creer que las preguntas deben ser oblicuas, ojalá que el testigo ni siquiera se dé cuenta de cuál es la información que realmente estamos preguntando. Mala cosa. Si se desea obtener la declaración de que el testigo estuvo en su casa a las



12 horas, no hay por qué preguntar, como suele verse muchas veces, "¿a qué hora está usted habitualmente en su casa?"; "¿a qué hora es normal llegar a la casa para un hombre que hace su trabajo?" Hay que preguntar lo que se desea preguntar, nada más.

Al preparar y ejecutar nuestras preguntas debemos tener siempre en mente la prueba que deseamos obtener e ir directo a ella. Una vez obtenida -a cabalidad- debemos salir de allí y movernos al tema siguiente. Normalmente la forma de ir más directo al punto va a ser recordando las preguntas básicas que cualquier persona curiosa haría en una situación similar. ¿Qué? ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Por qué? son fórmulas que permiten escapar a la maraña y preguntar en forma sencilla y clara.

8.3 Escuchar al testigo

El juzgador a menudo observará al abogado a lo largo del testimonio. Si el testimonio de un testigo no logra siquiera acaparar la atención del abogado que lo llamó a declarar, no es de extrañar por qué nadie más -incluyendo a los jueces- deberían prestársela.

A su turno, uno nunca puede prever con absoluta precisión cuál será el curso del examen a un testigo, ni aún respecto de los propios. No importa cuánto se prepare al testigo, las cosas jamás correrán en el examen directo, como estaban previstas. El litigante debe estar alerta al testimonio para ir asimilando e incorporando al juicio la información proporcionada por el testigo. La atención que el abogado debe prestar al testigo es imprescindible para resaltar puntos importantes o indagar sobre aspectos fundamentales de nuestra prueba, aclarar lo confuso o inentendible, ir sobre los detalles, pedir precisión o morigerar los efectos de la información inconveniente. Cuidado con quedarse con la versión del "expediente" en la cabeza. Lo normal es que la declaración del juicio cambiará cosas (en buen o mal sentido) y por eso el abogado debe estar completamente atento a las respuestas del testigo y asegurarse de que ellas vayan construyendo efectivamente la película en la imaginación de los jueces.

8.4 Adelantar debilidades y explicarlas

Eventualmente todos los testigos tienen debilidades, y debemos adelantarnos cuanto sea posible al eventual contraexamen. La idea es adelantar los elementos que perjudican la credibilidad de nuestros testigos, que los jueces los escuchen desde nuestra propia versión, antes que desde la de la contraparte. Ofrecer respecto de ellos interpretaciones que morigeren el efecto negativo, en lugar de dejar abierto el espacio para que el contraexamen las formule a su antojo.

Esto, por supuesto, cuando creamos probable que tal información llegará a conocimiento de nuestra contraparte. Así, por ejemplo, si nuestro principal testigo es una persona que tiene problemas conocidos de adicción al alcohol y tenemos razones para creer que ello prejuiciará al tribunal, deberemos abordar el tema en el examen directo y permitir al testigo explicar de qué manera ello no afecta su testimonio o credibilidad. Desde luego, no basta simplemente con mencionar nuestras debilidades para que el tribunal lo considere un acto de buena fe y esté dispuesto a olvidar los aspectos negativos o prejuiciosos; deberemos tener una explicación razonable y extraerla del testigo a través de las preguntas.

Cuidado, sin embargo, con sobrevalorar la información de la parte contraria. Si la contraparte no tiene la información perjudicial que estamos incorporando, entonces estamos haciendo su trabajo, a la vez que arriesgando gratuitamente la valoración de los jueces. Así,

pues, el aporte de elementos perjudiciales debe ser manejado con mucha cautela porque se trata de una decisión estratégica sumamente delicada. Al igual que en el tema de los detalles, la anticipación de debilidades puede transformarse en un arma de doble filo, si no es ocupada cautelosamente como una herramienta más de mi estrategia.

8.5. No lea su examen directo

Suele ocurrir que la falta de experiencia, el nerviosismo o, por el contrario la ansiedad y el exceso de preparación se traduzcan en la confección, de parte del abogado, de un listado de preguntas para el juicio. El abogado piensa que así evitará sorpresas en el desarrollo de la audiencia, ya que podrá seguir un libreto preparado concienzudamente en su oficina.

De modo contrario la lectura de preguntas en el juicio oral suele ser una mala práctica. El abogado se concentra en su libreto y no en las respuestas del testigo, perdiendo el estado de alerta y dejando pasar finalmente preciosas oportunidades para aprovechar y reaccionar a la información que el testigo está aportando. En ocasiones esto significará no hacerse cargo de explicar la información desfavorable que está surgiendo del testimonio, en otras palabras representará no dar el énfasis necesario a la información relevante que el testigo está trayendo al juicio; como sea, los resultados de la lectura de preguntas son por lo general siempre negativos. Entonces, en lugar de eso, se recomienda, más bien, la utilización de minutas temáticas para guiar al abogado, es decir, apoyarse en un listado de temas principales sobre los que el testigo debe declarar, pero nunca un set de preguntas completo para ser leído en la audiencia; de esta manera, el abogado podrá ir construyendo las preguntas exactas, a la medida de las necesidades que el examen directo vaya arrojando.

8.6. Uso de apoyo gráfico

Como diremos en el capítulo acerca de la prueba material, "una imagen vale mil palabras". El uso de diagramas, mapas u otro tipo de representaciones gráficas puede ser muy conveniente e ilustrativo, especialmente si consideramos que las descripciones abstractas de lugares o situaciones pueden perjudicar la adecuada comprensión del hecho por parte del juzgador. En consecuencia, es muy recomendable apoyar la declaración del testigo con este tipo de material cada vez que se pueda y casi siempre se puede.

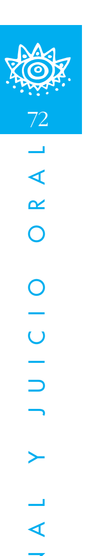
Habrá que cuidar, sin embargo, que la prueba sea explícita sobre lo que muestra y de fácil comprensión para el testigo y el tribunal. Dependiendo del tipo de material gráfico que se desee usar, éste tendrá mayores o menores exigencias de acreditación. En este sentido, en algunas ocasiones el testigo deberá conocerlo previamente y deberá haber sido anunciado en la audiencia de preparación, en otras, ninguna de esas será exigencia.

Si se va a utilizar apoyo gráfico, su conocimiento debe ser parte de la preparación del testigo, de manera que éste no lo sorprenda en la audiencia de juicio. De lo contrario, puede que este elemento de apoyo se transforme en la peor pesadilla del abogado y sólo sirva para confundir al testigo y al tribunal. Por cierto, también resulta indispensable cuidar que estos elementos de apoyo audiovisual sean una representación fiel del lugar u objeto que pretendemos mostrar, de lo contrario su incorporación al juicio oral sólo contribuirá a la perdida de credibilidad del testimonio, del testigo y del abogado que lo presenta.



IV. Contraexamen





1. Contraexamen: proceso debido y contradictoriedad

Una de las apuestas fundamentales del modelo acusatorio -particularmente en sus versiones más adversariales- dice que la contradictoriedad de la prueba -unida a la inmediación de los jueces- producirá información de mejor calidad para resolver el caso. Esta apuesta no es teórica, proviene fundamentalmente de la experiencia. Para quien ha tenido la oportunidad de participar en juicios orales, resulta muy cotidiano escuchar el relato unilateral que entrega un testigo o un perito de la fiscalía, encontrarlo sólido y creíble y descubrirse pensando: "el imputado es culpable como el pecado". Pero acto seguido, después de un buen contraexamen, resulta que al fiscal -convenientemente- se le había olvidado llamar nuestra atención acerca de ciertas debilidades personales del testigo: las distancias y los tiempos ahora parecen ser algo distintos de los que el testigo había estimado, las –supuestamente- óptimas condiciones de percepción del testigo parecen haber estado algo exageradas, y sus propias virtudes como testigo imparcial también algo exacerbadas; este testigo, que parecía tan seguro de identificar a nuestro cliente cuando relataba unilateralmente su versión mientras el fiscal lo mecía paternal y pacíficamente, ahora, bajo contraexamen, no parece estar tan seguro o su seguridad no parece tan verosímil; alguna distorsión en la prueba, en fin, nos hace comenzar a sospechar no sólo un simple error, sino más bien una mentira deliberada. En definitiva, el hecho es que para el momento en que había terminado el examen directo -la versión unilateral del examen directo- estábamos seguros de que el imputado era culpable; media hora después, una vez que el contraexamen ha puesto a prueba la verdadera calidad de la información y ha ofrecido versiones alternativas para esos mismos hechos, este testigo que nos parecía tan sólido y substancial, ahora, lo vemos diferente. Tal vez lo suficientemente diferente como para darnos cuenta de que hace media hora estuvimos a punto de cometer un error al aceptar irrestrictamente la versión unilateral del examen directo y al juzgar culpable al imputado. Si esto es así, el contraexamen ha cumplido su función al revelar los defectos de información de la prueba presentada. Quizá, en cambio, al momento en que termine el contraexamen, el testimonio haya sufrido alteraciones, aunque en lo substancial se haya mantenido relativamente intacto; en este caso, el contraexamen ha servido en su función (desde el punto de vista del sistema) de examinar la calidad de la información incorporada y probarla como de alta calidad.

Es poco frecuente que en América Latina se tenga una clara conciencia acerca de esta lógica, como para erigir la contradictoriedad como el método y la esencia del juicio. La cultura inquisitiva y el método del funcionario iluminado nos han ocultado la cotidianeidad de esta realidad: que la prueba y la información que ella contiene siempre -siempre- se modifican al pasar por el cedazo de una contradictoriedad en serio; esta modificación es a veces substancial, y a veces no. Siendo esto así, es imposible confiar en alguna información que no haya pasado por el análisis de la contradictoriedad.

Un testigo, o un perito, que dio una cierta versión de manera unilateral a la policía, o a la fiscalía, bien puede estar mintiendo, tergiversando, exagerando o inventando información. La lógica del sistema se basa en que alguien someta cada pedazo de información que ingresa al debate al análisis de credibilidad más riguroso posible; la lógica del sistema, además, confía en que quien está en mejor posición e interés para realizar dicha labor lo más seria-

mente posible es la contraparte. Las partes llevan semanas o meses investigando la causa, cuentan con la máxima información respecto al caso (a diferencia de los jueces) y tienen todos los incentivos para hacer todo lo que sea profesionalmente posible para encontrar las debilidades de la prueba de la contraparte.

Al sistema le interesa enormemente, entonces, que las partes tengan amplias posibilidades de contraexaminar la prueba presentada por la otra, y, aunque el derecho a defensa presiona todavía un poco más la lógica de la contradictoriedad en favor de la defensa, lo cierto es que al sistema le interesa crucialmente que ambas partes -tanto la fiscalía como la defensa- tengan amplias posibilidades de controvertir la prueba en condiciones de juego justo. Tanto si el testigo del fiscal está mintiendo, falseando, tergiversando, exagerando u omitiendo, como si quien lo está haciendo es el testigo de coartada de la defensa; es valioso que el sistema se entere de ambas cosas.

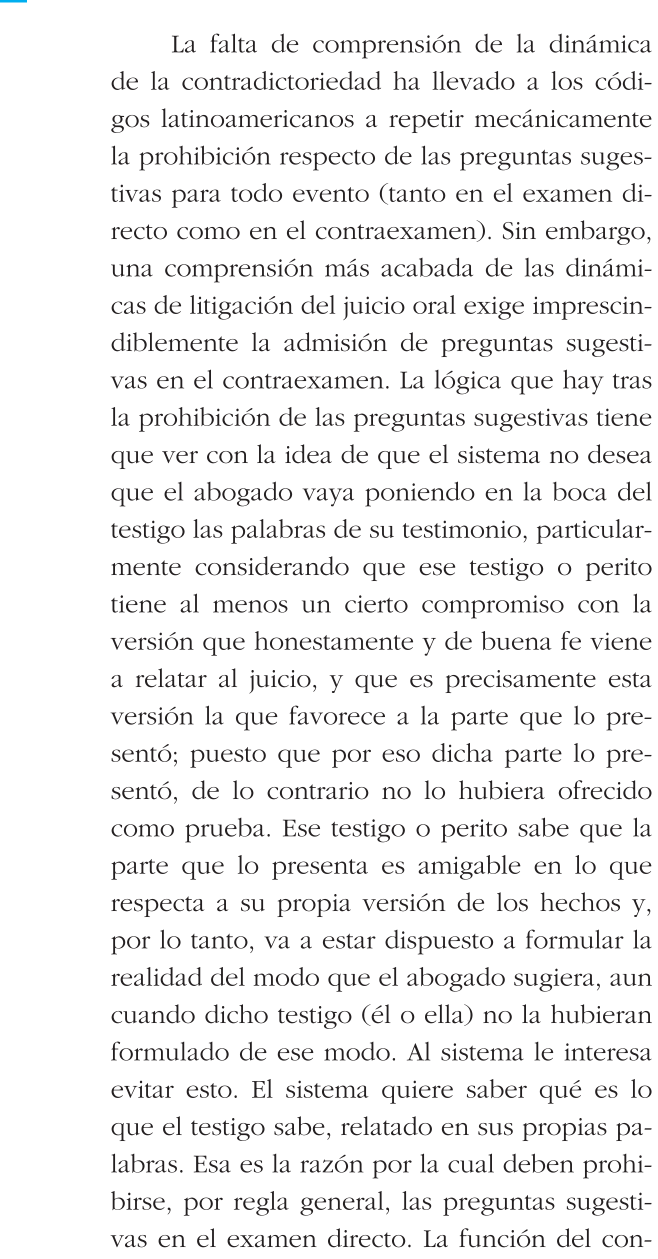
Ahora bien, aquí comienza el problema del que se hace cargo este capítulo: el oficio de contraexaminar exige técnicas y destrezas muy específicas. El hacer de la contradictoriedad un instrumento genuinamente útil para esta tarea, requiere de un método. En los sistemas latinoamericanos, con tan poca experiencia en juicios genuinamente contradictorios, se ve con frecuencia a abogados parándose para improvisar, haciendo preguntas sin sentido, todo tipo de declamaciones, repitiendo el examen directo, trenzándose en interminables y hostiles reyertas con el testigo y, en suma, haciendo del contraexamen algo bastante inútil en términos de control de calidad de la información que este testigo había traído al juicio: bombas de humo, fuegos artificiales y balas de agua. Para cuando el humo se despeja, sólo queda, para el público, el divertimento de los juegos de artificio y, para el testigo, el placer del refresco. Todos sonríen, excepto la persona que le esté pagando a ese abogado. Si, para el momento en que termina el contraexamen, la credibilidad del testigo y de su testimonio queda intacta, entonces, tal vez ese abogado jamás debió haberse parado para contraexaminar. Ni hablar de cuando -como ocurre con tantos malos contraexámenes- el testigo sale todavía más fortalecido del contraexamen.

2. El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano

En el ámbito de la litigación en juicios orales, la contradicción de las pruebas exige técnicas y destrezas muy específicas, en función de las cuales deben ser interpretadas las normas del CPP. Dado que la Constitución consagra expresamente el derecho a controvertir la prueba, la interpretación de las normas del CPP está obligada por dicha consagración, y no cualquier intervención de las partes respecto de la prueba presentada basta para dar por satisfecho este principio.

El CPP ecuatoriano consagra en sus arts. 136 y 294 la facultad de las partes para dirigir preguntas a los testigos una vez que estos han declarado, incluida esta posibilidad para la parte que no presentó al testigo en cuestión. Esta es, más bien, la parte que realiza el contraexamen.

La regulación del juicio oral en el CPP ecuatoriano presenta un conjunto muy serio de problemas de diseño, problemas que impactan también en la posibilidad de realizar contraexámenes efectivos (así, por ejemplo, la facultad amplia para interrogar a los testigos y hacerlo antes que las partes, o la prohibición de interrumpir al testigo). Sin embargo, para los efectos del tema que aquí nos ocupa, el problema más importante lo configura la prohibición general de realizar preguntas sugestivas, consagrada en el inciso 2º del art. 136 y en el inciso 3º del art. 294.



La falta de comprensión de la dinámica de la contradictoriedad ha llevado a los códigos latinoamericanos a repetir mecánicamente la prohibición respecto de las preguntas sugestivas para todo evento (tanto en el examen directo como en el contraexamen). Sin embargo, una comprensión más acabada de las dinámicas de litigación del juicio oral exige imprescindiblemente la admisión de preguntas sugestivas en el contraexamen. La lógica que hay tras la prohibición de las preguntas sugestivas tiene que ver con la idea de que el sistema no desea que el abogado vaya poniendo en la boca del testigo las palabras de su testimonio, particularmente considerando que ese testigo o perito tiene al menos un cierto compromiso con la versión que honestamente y de buena fe viene a relatar al juicio, y que es precisamente esta versión la que favorece a la parte que lo presentó; puesto que por eso dicha parte lo presentó, de lo contrario no lo hubiera ofrecido como prueba. Ese testigo o perito sabe que la parte que lo presenta es amigable en lo que respecta a su propia versión de los hechos y, por lo tanto, va a estar dispuesto a formular la realidad del modo que el abogado sugiera, aun cuando dicho testigo (él o ella) no la hubieran formulado de ese modo. Al sistema le interesa evitar esto. El sistema quiere saber qué es lo que el testigo sabe, relatado en sus propias palabras. Esa es la razón por la cual deben prohibirse, por regla general, las preguntas sugestivas en el examen directo. La función del contraexamen, en cambio, es muy otra. El contraexamen consiste precisamente en relevar aquella información que el examen directo ocultó, exageró, tergiversó o subvaloró; en ese sentido, el contraexamen enfrenta al abogado y al testigo; en diversos grados, los testigos o peritos que se contraexaminan son por lo general hostiles al contraexamen. Es razonable que así sea, pues el contraexamen consiste en relativizar la versión de los hechos que el testigo acaba de ofrecer; se trata de ofrecer otra versión para esos mismos hechos. En este sentido, la razón que existía para prohibir las preguntas sugestivas desaparece: en el caso del contraexamen, el testigo siempre va a estar dispuesto a negar las palabras que el abogado está poniendo en su boca, si ellas no reflejan la realidad; en la contracara, el contraexamen va a poder cumplir su función, la de ofrecer efectivamente otra versión posible para el relato de este testigo, sólo si se le permite al abogado preguntar sugestivamente. La experiencia adversarial es bastante clara en este sentido: sin preguntas sugestivas en el contraexamen, no hay genuina contradictoriedad.

Si el sistema se toma en serio el derecho a la contradictoriedad consagrado por la Constitución Política del Ecuador, entonces los artículos 136 y 294 debe ser interpretados por los jueces en el sentido de que sí se prohíben las preguntas sugestivas en el examen directo, pero no en el contraexamen

3. "¡Yo me encargo de destruir al tonto!"[12]

Probablemente nada perjudique tanto la posibilidad de que el litigante explote a cabalidad el contraexamen como la actitud, frecuente en los abogados, de enfrentar el contraexamen con la lógica de "¡yo me encargo de destruir al tonto!": la pretensión de que el contraexamen consiste en la total humillación, tanto del testigo como de su testimonio, y la exposición del testigo como un mentiroso o un idiota, quien debe terminar abandonando la sala de rodillas y pidiendo perdón por haber venido a decir todas estas mentiras al juicio.

---

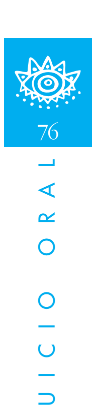
[12] La expresión está tomada del libro de Bergman, Paul. La Defensa en Juicio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. 133.

De alguna manera, la mística popular en torno a los juicios y a los litigantes ha sido tejida en torno a esta imagen, con la cual el cine y la televisión han contribuido no poco: Matlock, por ejemplo, quien raramente gana un juicio gracias a la prueba que él presenta y que, más bien, siempre termina revelando al testigo del fiscal como parte de alguna conspiración maquiavélica; esto a través de un contraexamen rotundo e implacable, que termina descubriendo que, en verdad, el propio testigo era el psicópata que había inculpado al pobre e inocente cliente de nuestro buen Matlock. Es la imagen de freír al testigo y servírselo al tribunal como canapé. A la par, la imagen de que en esto consiste el contraexamen y de que ésta es la vara para medir a un buen litigante.

Esta imagen, por el contrario, se opone a aquello en lo que realmente consiste un contraexamen profesional. No se trata de que el tonto no deba ser destruido, cada vez que ello sea posible. Pero ocurre que, en la inmensa mayoría de los casos, "el tonto" no es tonto. Lo más común -en un sistema acusatorio maduro- es que el testigo no sea derechamente perjuro, que no sea parte de ninguna conspiración maquiavélica para inculpar a un inocente y que, más bien, crea genuinamente haber percibido lo que dice haber percibido. Esto no quiere decir necesariamente que de hecho lo haya percibido, o que lo haya hecho en la versión que está presentando en el juicio, pero lo usual es que los defectos de su testimonio tengan que ver con alguna versión de error de un conjunto posible de éstas, aunque él genuinamente crea estar siendo honesto en su testimonio.

Ahora, si "el tonto" no es tonto, entonces la actitud de "yo me encargo de destruir al tonto" –el pretender que nuestro caso depende de que podamos destruir a los testigos completamente-, sólo nos lleva al pantano: a esa lucha sin cuartel que se libra entre el contraexaminador y el testigo, vertida en una maraña de "dimes y diretes" superpuestos, preguntas interrumpiendo respuestas y respuestas interrumpiendo preguntas. Una batalla así es tan hostil, desorganizada e incomprensible que, en el fragor de la lucha, hace que el significado de la evidencia útil se vea superado por varias circunstancias: la discontinuidad del relato, la repetición del examen directo, el tedio de una discusión estéril y la defensa a ultranza por parte de ambos de sus respectivas versiones; esto, a poco andar, produce que quienes están escuchando -jueces incluidos- comiencen a prestar más atención a la necesidad de darle una manito de pintura a las paredes del tribunal y al escote de esa bellísima mujer que se sienta entre el público, que a lo que está pasando en el contraexamen. El pantano es ese lugar en donde ningún contraexaminador quiere estar; es una unidad de medida para medir a un mal litigante: si está en el pantano, no sabe lo que hace, porque ninguna información útil sale de allí, puesto que testigo y contraexaminador salen "empatados", y el empate favorece al testigo, cuyo examen directo ya produjo prueba sobre su versión de los hechos. El contraexamen exige al litigante mantener un control sobre el testigo, porque necesita superponer su propia teoría del caso a ese testimonio, una versión a la que el testigo es naturalmente reticente; el pantano nos hace perder el control del contraexamen, y, en esa medida, afecta nuestra habilidad para sacar el mejor provecho del testigo para nuestro propio caso.

Como dijimos, no se trata de que si "el tonto" es, efectivamente, "tonto", no podamos destruirlo. Pero, en toda esa inmensa mayoría de casos en los que "el tonto" no es para nada "tonto", todavía hay mucho partido que sacarle a un testigo de la contraparte en el contraexamen. Para esto, hay un método. No se trata de reglas absolutas, que deban ser aplicadas a ultranza sin considerar nuestras propias intuiciones o sentido común, pero sí de instrumen-



tos poderosos al momento de llevar adelante el contraexamen de un testigo que, por lo general, no tiene ningún interés en colaborar con nuestro caso.

4. Contraexamen y alegato final

De aquí surge, entonces, la primera lección importante respecto del contraexamen: el contraexamen se construye desde y para el alegato final. A la lógica de "yo me encargo de destruir al tonto" subyace el impulso compulsivo por hacer del contraexamen una pieza de litigación autosuficiente: que quede claro, mediante el propio contraexamen, cómo miente este testigo o cómo su testimonio es inverosímil. Muchas veces, ciertas líneas de contraexamen pueden conseguir esto. Pero, aun así, la lógica general para aproximarse al contraexamen responde más bien a la pregunta de: ¿qué es lo quiero estar en condiciones de poder decir en el alegato final? Esta pregunta determina toda mi estrategia de contraexamen y, desde luego, depende de la información concreta de que disponga en el caso. Adelantemos a este respecto que el alegato final no es una regalía graciosa como para decir cualquier cosa que al abogado se le venga en gana: el alegato final debe hacerse cargo de la prueba específica y concreta producida en juicio; de esta suerte, los abogados no pueden argumentar en el alegato final hechos -incluyendo los que desacreditan a un testigo- que no hayan efectivamente sido producidos en el contraexamen. Esto tergiversa la prueba y es la causal de una legítima objeción por la contraparte. Por esto, es crucial que el contraexamen se diseñe y se ejecute con total atención, concreta y precisa, al ejercicio argumentativo del alegato final. Será allí que armaremos el crucigrama y argumentaremos sobre la información que nuestro contraexamen produjo, cómo esa información encaja con el resto de la prueba y de qué manera dicha información –probablemente menos espectacular, pero útil- deteriora la calidad del testigo contraexaminado.

5. La pregunta demás...

La tentación más intensa para los abogados, que los aparta de la idea idónea de contraexamen, es la pretensión de preguntar para arribar a las conclusiones que ellos esperan del testigo (de nuevo, en la lógica de hacer del contraexamen un ejercicio autosuficiente). Se olvidan completamente que éste es un testigo hostil, reticente al caso del contraexaminador, y ceden a la pretensión -golosa hasta la gula- de que el testigo les ofrezca expresamente la conclusión desacreditante.

Dos cuestiones respecto de esto, dos caras de una misma moneda: se debe resistir a toda costa la tentación de hacer "la pregunta demás"; y: "¿qué esperabas que el testigo responda?"

La "pregunta demás" tiene muchas versiones. El formato más frecuente es la pregunta por la conclusión o por la explicación de la línea de contraexamen. La tentación suele ser irresistible y uno puede ver, especialmente en los abogados de menos experiencia, cómo se les hace agua la boca por hacer la pregunta: "y, dado que la calle estaba obscura y todo pasó muy rápido, lo cierto es que usted no puede estar seguro de que la persona que vio haya sido mi cliente, ¿no es cierto?" Y el testigo, por supuesto, responde: "no, no es cierto, lo vi perfectamente, estoy completamente seguro de que era él". El abogado entonces no tiene opción, sino replicar: "¿y cómo puede estar tan seguro?" (doble estupidez). Y, entonces, el testigo ofrece una buena razón: "fue justo cuando se es tacionó un auto junto a nosotros, sus luces nos iluminaron de lleno y, aunque efectivamente fueron solo algunos segundos, éste era

el hombre que acababa de matar a mi hija… jamás voy a olvidar su rostro, lo tengo grabado para siempre, lo reconocería donde fuera…". Mala cosa para el contraexamen. El testigo siempre va a tener una respuesta. Si la explicación es cierta, entonces al preguntársela estamos haciendo el trabajo de nuestra contraparte (estamos contribuyendo al examen directo); y, por supuesto, si el testigo no tiene una explicación, va a inventar una. Lo que probablemente nunca va a ocurrir es que el testigo diga: "¡recórcholis!, todo este tiempo pensando que era su cliente, pero, ahora que usted me lo sugiere, ¡guaaaauuuuuu!, tal vez no esté seguro de que sea él…"

Esto nos lleva a la segunda idea-fuerza, pariente de la pregunta demás, pero no exactamente lo mismo. Con frecuencia uno observa a los abogados realizar preguntas del tipo: "…y usted está seguro que lo que escuchó fue un disparo?"; o: "...y dígame doctor, usted se siente capacitado para ofrecer esta conclusión?" Y a uno le dan ganas de preguntarle al abogado: "¿y qué esperabas que responda, ¡imbécil!…?" Ya veremos, hacia el final de este capítulo, que salir a contraexaminar no es salir a pescar: un contraexaminador no hace preguntas cuya respuesta no conozca. Pero esto es todavía mucho más básico: un contraexaminador no puede hacer preguntas en el vacío, sin ninguna sensibilidad o proyección acerca de la respuesta probable del testigo. Este testigo y este perito están a punto de mandar a alguien a la cárcel por sus testimonios, ¿qué esperaba nuestro buen contraexaminador? ¿Pensó que en verdad le podían responder: "¡cáspitas!, ahora que lo menciona, tal vez no haya sido un disparo…"; o: "¡recórcholis!, ahora que me lo pregunta, tal vez ésta no sea mi área de experticia…"; o, tal vez: "¡Diablos, sus preguntas son temibles!".

El contraexamen es, entonces, un ejercicio muy específico y concreto: mi teoría del caso y la información de que dispongo determinan mis líneas de contraexamen, para cada una de las cuales tengo información de respaldo, asumiendo que estoy tratando con un testigo hostil a mi caso; cada una de esas líneas de contraexamen van a producir los insumos que necesito para argumentar mis conclusiones, y dicha argumentación la voy a construir en el alegato final. En muchas ocasiones, varias de estas líneas de contraexamen nos permitirán producir información más bien modesta, no de aquélla que solemos ver en los contraexámenes de Matlock, pero no por ello menos importante a la hora de construir nuestro relato o descreditar la versión de nuestra contraparte en el alegato de clausura. El ser modesto con los objetivos perseguidos en el contraexamen no es, para una gran mayoría de los casos, un problema, sino más bien una virtud del litigante.

Veamos, ahora, un clásico formato de contraexamen: la teoría del caso de la fiscalía es que el acusado mató a su víctima abriendo la llave del gas mientras ésta dormía. La defensa contraexamina al principal testigo de la fiscalía, quien afirma haber visto al acusado huyendo de la escena del crimen.

P: Sr. Quintanilla, usted ha dicho que comenzó a sentir un fuerte olor a gas ya desde la entrada al departamento. ¿No es así?

R: Así es.

P: Y también lo oímos decir que recuerda bien ese hecho porque se le llenaron los ojos de lágrimas…

R: Sí…

P: Y nos dijo que los ojos no le dejaron de lagrimar hasta que volvió a salir a la calle.

R: En efecto, así fue.

(No le pido interpretación, conclusión, ni consecuencias sobre el tema de las lágrimas y el obstáculo que ellas representan para la visión; ésas son mías, en el alegato final.)

P: Y dijo, además, que tardó apenas unos segundos en marearse debido al olor del gas. ¿No nos dijo esto, señor Quintanilla?



R: *Sí.*
P: *Y, de hecho, el mareo fue tan intenso, que tuvo que apoyarse en la pared, ¿no es así?*
R: *Bueno, fue muy brevemente, sólo al comienzo…*
(Lo mismo sobre el mareo: estado mental al momento de la percepción).
P: *Dígame por favor si es correcto que, para llegar desde la puerta de entrada a la pieza de la occisa, hay que subir las escaleras que quedan al final del pasillo.*
R: *En efecto.*
P: *¿En cuánto tiempo hizo usted ese recorrido?*
R: *No sé... no podría decirlo con precisión.*
P: *¿Sería justo decir que fue un minuto? ¿Dos?*
R: *Un minuto, más o menos.*
P: *Y durante todo ese minuto estuvo expuesto al mismo gas que le llenó los ojos de lágrimas y lo mareó en la puerta...*
R: *Bueno, sí...*
P: *Ese gas que, según nos dijo, tardó sólo unos segundos en marearlo y hacerlo lagrimar...*
R: *Sí.*
P: *Y mientras más se acercaba al dormitorio, más cerca estaba de la fuente del gas, el calefont...*
R: *Sí.*
(Lo mismo sobre duración de la exposición al gas.)
P: *Déjeme ver si reproduzco bien sus palabras... usted abre la puerta, el gas lo marea, le llena los ojos de lágrimas, luego usted camina hacia el dormitorio exponiéndose otro minuto más al gas, al mareo, a las lágrimas y, cuando llega a la pieza, ve a una persona que está saltando por la ventana... ¿no es verdad?*
R: *Sí, así es como ocurrió.*
P: *Ahora déjeme llevarlo a otro tema...*
(Lo mismo sobre la reproducción completa de las condiciones de percepción: no le pido conclusiones respecto de ellas.)

De vuelta, será en el alegato final -y ni un segundo antes- cuando diremos al tribunal: "Señores jueces, ¿qué tiene el fiscal para acusar a mi cliente? ¡Ah!, sí: tiene un testigo quien, según él mismo nos ha contado, tuvo que sostenerse de la pared para no caer debido al mareo que le produjo el gas que había en la casa, y a quien, apenas entró a ella, se le llenaron los ojos de lágrimas por el gas... ésas eran las condiciones en las cuales quedó tan sólo con los primeros segundos de exposición. Luego lo respiró durante un largo minuto más y, cuando por fin llegó al dormitorio, tuvo sólo un instante de segundo para ver a una persona que saltaba por la ventana. Y asegura que dicha persona era mi representado...".

Lo que interesa recalcar aquí es que la pregunta que el abogado debe tener en mente al momento de encarar su contraexamen no es ¿cómo destruyo a este testigo en este acto? sino, cosa distinta, ¿qué elementos de este testigo necesito recoger o debilitar en mi alegato final?, pues en la mayor parte de los casos, será sólo allí donde podremos armarle al juzgador el puzzle completo acerca de "lo que dice la prueba de este caso".

6. Objetivos del contraexamen

La aproximación de "¡yo me encargo de destruir al tonto!" debe ser sustituida por objetivos menos espectaculares, pero más efectivos y, en esa medida, más profesionales. Hay fundamentalmente cinco objetivos posibles para el contraexamen[13]:

6.1 Desacreditar al testigo

En este caso, nos referimos a cuestionar la credibilidad personal de un testigo, su valor

[13] En este mismo sentido véase también a Bergman, Paul. La Defensa en Juicio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. 133.

como fuente de información. Ésta es la versión más confrontacional de un contraexamen. El mensaje que subyace a esta línea de contraexamen es, en lo fundamental: "este testigo es una rata"; y las ratas, por supuesto, rara vez tienen algo valioso para aportar en un juicio.

Los más clásicos elementos de esta línea de contraexamen son el interés y la conducta previa del testigo.

Los formatos que puede adoptar este interés, a su turno, son innumerables: desde la obvia y gruesa versión del testigo al cual le pagan por mentir hasta la madre que declara por su hijo acusado; desde el policía que apoya la versión de su compañero acerca de la detención hasta el colaborador eficaz que declara en contra de su jefe mafioso a cambio de un trato con la fiscalía. Tras todos ellos subyace la idea común de que el testigo no está siendo veraz, en alguna versión y grado, porque tiene un interés personal comprometido con el resultado del juicio.

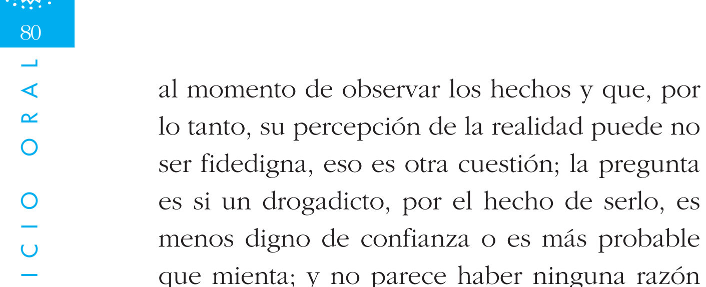
En el caso de la conducta previa, en cambio, se trata de mostrar la idea de que este testigo ha faltado a la verdad antes y, por tanto, no hay razón para creer que no lo esté haciendo ahora también.

En ambos casos, sin embargo, hay que tener cuidado con la vieja cultura inquisitiva de valoración legal de la prueba -que sigue causando estragos en nuestras mentes por mucho que modifiquemos los códigos- y con el nuevo escenario impuesto por la libre valoración.

En la vieja cultura -ésa que decidía las cuestiones de admisibilidad de la prueba de manera abstracta y ex ante, en la ley- bastaba con acreditar el interés para deshacerse de la prueba ("íntima amistad con el imputado", "notoria enemistad", "ser el querellante" o cualquier otra fórmula semejante). En un sistema de libre valoración, en primer lugar, la mayoría de estos elementos son cuestiones de credibilidad, no de admisibilidad. Como hemos señalado con anterioridad, "todo entra, mas no todo pesa (o tal vez sí…)". Así, es perfectamente posible que el tribunal escuche el testimonio de coartada que ofrece la madre del acusado y que, pese a tratarse de su madre, esos jueces opinen , una vez apreciado el testimonio en concreto, que ella es perfectamente creíble.

Otro tanto ocurre con la conducta previa. En la antigua cultura, el formato más clásico de conducta previa era el hecho de haber sido condenado penalmente con anterioridad. A eso se sumaban todavía otras conductas que hacían del testigo una persona "indigna" para ser creída: "es prostituta", "es drogadicto", etc. En un sistema de libre valoración, de nuevo, la valoración de la prueba es concreta: ¿es posible que el tribunal escuche la declaración concreta de esta prostituta, de este drogadicto o de este delincuente, y sus testimonios les parezcan creíbles? No hay ninguna razón, ni desde la lógica formal, ni desde el sentido común, ni desde las máximas de la experiencia para descartar dicha posibilidad en abstracto. Siendo ello así, el contraexamen que desee ir sobre esta línea deberá asegurarse de que haya razones concretas para restar credibilidad al testigo por su conducta previa. Así, por ejemplo, tal vez sí reste credibilidad el haber sido condenado por falso testimonio; tal vez incluso lo diga el haber sido condenado por estafa (no es sólo haber sido condenado, sino que se trata de un delito que involucra, precisamente, engaños y mentiras); pero, acaso, que alguien haya sido condenado incluso por un delito muy grave -digamos homicidio- no nos informe en absoluto acerca de su sinceridad. Lo mismo respecto de la prostituta: ¿acaso es parte de alguna máxima de la experiencia o del sentido común el hecho de que las prostitutas mientan?; ¿qué, no pueden ver un homicidio?; ¿qué, si lo ven, van necesariamente a mentir respecto de él?

Y cuidado con el caso del drogadicto: si lo que se quiere decir es que estuvo drogado



al momento de observar los hechos y que, por lo tanto, su percepción de la realidad puede no ser fidedigna, eso es otra cuestión; la pregunta es si un drogadicto, por el hecho de serlo, es menos digno de confianza o es más probable que mienta; y no parece haber ninguna razón para creer esto, salvo el prejuicio.

En fin, los casos son múltiples. El punto que queremos marcar aquí es que en un sistema de libre valoración de la prueba la desacreditación del testigo es necesariamente concreta; hay que darle al tribunal razones reales -por oposición a meros prejuicios- que permitan efectivamente decir que la persona del testigo, como fuente de información, no es confiable. En este sentido, se reproduce la misma lógica que discutimos a propósito de la acreditación. Acreditar o descreditar a un testigo siempre supone un ejercicio de litigación específico y fundado en información concreta.

6.2 Desacreditar el testimonio

En este caso, se trata de atacar la credibilidad no ya de la persona del testigo, sino de su testimonio. Allí donde el mensaje que subyacía para el tribunal, cuando se trataba de desacreditar al testigo, era "este sujeto es una rata"; ahora, el mensaje es, más bien: "este testigo es una gran persona, seguramente está convencido de que las cosas ocurrieron como dice, pero está en un error".

El factor que más clásicamente desacredita al testimonio está constituido por las condiciones de percepción. Estas condiciones de percepción pueden pertenecer a circunstancias personales del testigo (su miopía, su sordera, su estado mental -por ejemplo, temor o drogas- al momento de los hechos), o bien a circunstancias externas (el ruido ambiental, la obscuridad, la distancia, el hecho de que el objeto es igual a muchos otros, etc.).

6.3 Acreditar nuestras propias proposiciones fácticas

En muchas ocasiones podremos obtener de un testigo contrario testimonios que afirmarán nuestras propias proposiciones fácticas. Probablemente, las más de las veces las proposiciones fácticas propias que resulten acreditadas no serán las más sustanciales del juicio, pero, aún así, en la medida que testigos de la contraparte puedan corroborar ciertos elementos de nuestra propia versión de los hechos, eso avanza nuestro caso. Adicionalmente, esto le envía al juzgador la señal de que, si no hemos mentido en esos puntos, es posible que no lo hayamos hecho en otros tampoco.

6.4 Acreditar prueba material propia

En la misma lógica: si un testigo de la contraparte puede acreditar nuestra propia prueba material, eso fomenta frente al tribunal la autenticidad de dicha prueba material.

6.5 Obtener inconsistencias con otras pruebas de la contraparte

Si puedo obtener de los testigos de la contraparte testimonios inconsistentes entre sí, eso daña al caso de mi rival de manera importante. Que el testimonio de nuestros testigos sea inconsistente con los de nuestra contraparte es más que comprensible, después de todo, por eso estamos en juicio. Pero que las declaraciones de testigos que comparecen en un mismo lado resulten inconsistentes entre sí, eso es más difícil de aceptar sin pagar costos en credibilidad.

7. Estructura del contraexamen

Como se recordará, a la hora de estructurar el examen directo de nuestros testigos la recomendación ha sido que ello se haga en un orden cronológico. En el caso del contraexa-

men, en cambio, la reconstrucción de una historia íntegra y coherente suele no tener demasiada importancia. En el contraexamen se trata de apuntar hacia aquellas porciones de la declaración del testigo rival que pueden ser impugnadas como inverosímiles, falsas o inconsistentes. La estructura del contraexamen, por lo tanto, es esencialmente temática.

Volvamos al caso de los Kiev, que relatamos en el Capítulo II. Como se recordará, el Sr. Kiev fue acusado por su cónyuge de cometer abusos deshonestos en la persona de su hija Ana, varias veces en el año X.

El contraexamen que hizo el abogado de la defensa a la señora Kiev -la madre de Ana y denunciante en este caso- corrió como sigue:

P: *Sra. Kiev, usted declaró en el examen directo que su marido había abusado de su hija en varias ocasiones...*

R: *Así es.*

P: *¿Y eso la impactó mucho?*

R: *Por supuesto... ¡cómo no me iba a impactar!*

P: *Por supuesto... ¿encaró a su marido con lo que Ana le había contado?*

R: *No.*

P: *¿Le hizo saber de alguna manera que usted sabía lo que estaba ocurriendo?*

R: *No.*

P: *Sra. Kiev, ¿cuántas veces recuerda que Ana le haya dicho, durante el año X, lo que su padre le hacía?*

R: *No sé... tres... quizás cuatro.*

P: *En tres, quizás cuatro oportunidades, su hija de 12 años le dijo que estaba siendo abusada sexualmente por su padre, ¿y usted no hizo nada?*

R: *No.*

P: *¿No llamó a la policía?*

R: *No.*

P: *¿No pidió ayuda a nadie?*

R: *Estaba recién llegada... no dominaba bien el idioma... no sabía a quién recurrir...*

P: *Hablando de eso, usted abrió una cuenta corriente en el Banco Americano hacia fines del año X ¿no es verdad?*

R: *Sí, creo que fue alrededor de esa época.*

P: *Y seguramente no supo bien al principio en qué banco le convenía abrirla, ¿no es así?*

R: *Bueno, pregunté en un par de lugares…*

P: *De manera que fue a un par de bancos antes de decidirse por el Banco Americano, ¿es eso correcto?*

R: *Sí.*

P: *Y los ejecutivos que la informaron no hablaban polaco, ¿no?*

R: *No, no hablaban polaco.*

P: *Hablaban inglés.*

R: *Sí.*

P: *Igual que el ejecutivo que finalmente tramitó su cuenta en el Banco Americano...*

R: *Sí.*

P: *Y usted hizo todo ese proceso sola, ¿No es verdad?*

R: *Bien, a veces me acompañaba mi marido...*

P: *Pero muchas veces no...*

R: *Así es, muchas veces no.*

P: *Muchas veces tuvo que lidiar sola con ejecutivos que le pedían documentos y datos sobre su persona.*

R: *Sí.*

P: *Y le pedían que llenara formularios que estaban en inglés…*

R: *Sí.*

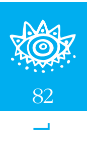
P: *Y al parecer se pudo entender con ellos, pues le abrieron la cuenta.*

R: *Sí, supongo.*

P: *Pero seis meses después, hablando mejor el idioma, no fue capaz de llamar a la policía, ni a un hospital, ni al centro comunitario de su municipalidad cuando supuestamente Ana le dijo por primera vez que estaba siendo abusada por su padre.*

R: *Es que usted tiene que entender…*

P: *Señora, estoy tratando de entender, así que le ruego que responda a mi pregunta; ¿contactó a alguna persona para que la*



ayudara con el hecho de que, según Ana, su padre estaba abusando de ella?

R: *No.*

P: *Pasando a otra cosa, señora Kiev, ¿cuántas veces tomaron vacaciones usted y su marido en el año X?*

R: *No lo sé... creo que dos veces.*

P: *¿Y podría decirle al tribunal dónde fueron y aproximadamente en qué fechas?*

R: *No sé, déjeme ver... la primera vez salimos en Junio, arrendamos un auto y recorrimos la costa oeste. La segunda vez en Octubre, viajamos a Canadá...*

P: *Señora Kiev, ¿no la escuché además decir en el examen directo que su marido la invitó a un crucero por el Caribe, en Mayo?*

R: *Cierto, fueron tres veces entonces las que salimos.*

P: *Y me parece haberle oído decir que este crucero había sido... ¿cuál fue la expresión que utilizó...? Ah, sí, su "segunda luna de miel"...*

R: *Sí, dije eso.*

P: *¿Podría explicarnos a qué se refería?*

R: *Bueno, hacía tiempo que no podíamos tomarnos vacaciones e iban a ser las primeras en nuestro nuevo país, además cumplíamos ese mes 20 años de casados...*

P: *¿Era, pues, una situación romántica?*

R: *Sí, supongo que podría decirse de ese modo.*

P: *¿Y cómo estuvieron las relaciones con su esposo en ese viaje?*

R: *Fantásticas.*

P: *Déjeme ver si recapitulo bien lo que me dice... su hija de doce años le confesó que su padre estaba abusando de ella... y, un mes después, ¿usted sale con el abusador de su hija a una romántica "segunda luna de miel"?*

R: *Yo quería proteger a mi hija...*

P: *Entiendo. Y luego, mientras la situación en su hogar se ponía todo lo tensa que usted nos ha referido, se tomó otras dos vacaciones con su marido...*

R: *Sí.*

P: *Que estaba abusando de su hija...*

R: *Bueno... sí, quizás de no debí hacerlo...*

P: *Yendo a otra cosa, usted nos dijo en el examen directo que había traído a su madre desde Polonia para que protegiera a Ana, ¿es eso correcto?*

R: *Sí, así es.*

P: *¿De qué manera se supone que debía ella protegerla?*

R: *Bueno, la idea era que Ana no estuviera en la casa sola con su padre mientras yo hacía mi turno en el negocio.*

P: *La protección consistía, pues, en que su madre estuviera con Ana en la casa cuando usted no estuviera...*

R: *Sí.*

P: *Sin embargo, poco después de llegar su madre, ella comenzó también a trabajar en el negocio ¿no es verdad?*

R: *Sí. Nos estaba yendo muy bien y yo sola no podía con todo el negocio.*

P: *Así que le pidió a su madre que la ayudara...*

R: *Sí.*

P: *Que compartiera el turno con usted...*

R: *Bien, sí.*

P: *Y, mientras estaba en el negocio, no estaba en la casa protegiendo a Ana... ¿me equivoco?*

R: *No, por supuesto que no.*

P: *Su señoría, no tengo más preguntas.*

Como se ve, la estructura de este contraexamen -como suele ocurrir- no está concebida cronológicamente. El abogado de la defensa, al momento de planificarlo, no se preguntó, como en el examen directo, ¿de qué manera guío a este testigo para que relate una historia ordenada, sin que omita la información fundamental? La pregunta que se hizo fue: ¿qué debilidades de la historia de este testigo debo evidenciar y qué información tiene que sea útil a mi propio caso? El contraexamen que acabamos

de leer apunta a cuatro temas, y sus logros no dejan de ser importantes:

a) La señora Kiev afirma que Ana le dijo en varias ocasiones que su padre la estaba abusando; sin embargo, ella, durante meses, no hace absolutamente nada. (En el alegato final: "...si en verdad Ana se lo hubiera dicho, ¿no habría ella reaccionado de alguna manera?")

b) La señora Kiev afirma que su inactividad se debió a su escaso manejo del idioma y su desconocimiento de las instituciones; no obstante, queda en evidencia que fue capaz de realizar operaciones más complejas en la misma época, como la apertura de una cuenta corriente en un banco. (En el alegato final: "...si pudo abrir una cuenta en un banco, ¿no podía haberse acercado a la policía, a un hospital, a un centro comunitario, para pedir ayuda?")

c) La señora Kiev afirma que Ana le dijo a comienzos del año X lo que su padre le estaba haciendo, y luego en varias otras ocasiones a lo largo del año. Sin embargo, ella se va de romántico paseo por el Caribe con el supuesto abusador de su hija, y luego toma dos vacaciones más con él. (En el alegato final: "...¿Toma una madre vacaciones con el abusador de su hija?")

d) La señora Kiev afirma haber traído a su madre desde Polonia con el fin de proteger a su hija, de manera que no se quedara sola con su padre mientras ella cumplía su turno en el negocio. Sin embargo, a poco andar, lleva a su madre al local, a trabajar con ella en su turno. (En el alegato final: "...¿nos dice la verdad la Sra. Kiev cuando afirma haber traído a su madre para proteger a Ana? ¿Tanta necesidad de protección tenía Ana que, a la primera oportunidad, la vuelve a dejar sola para que su madre trabaje con ella en el negocio?")

Se trata, pues, de una estructura temática más que cronológica, dispuesta de acuerdo con las áreas en que queremos evidenciar las debilidades de la prueba de la contraparte o extraer información que sea útil a nuestro propio caso. En el contraexamen no nos interesa reconstruir una historia, sino los fragmentos de información y de prueba que puedan ser útiles.

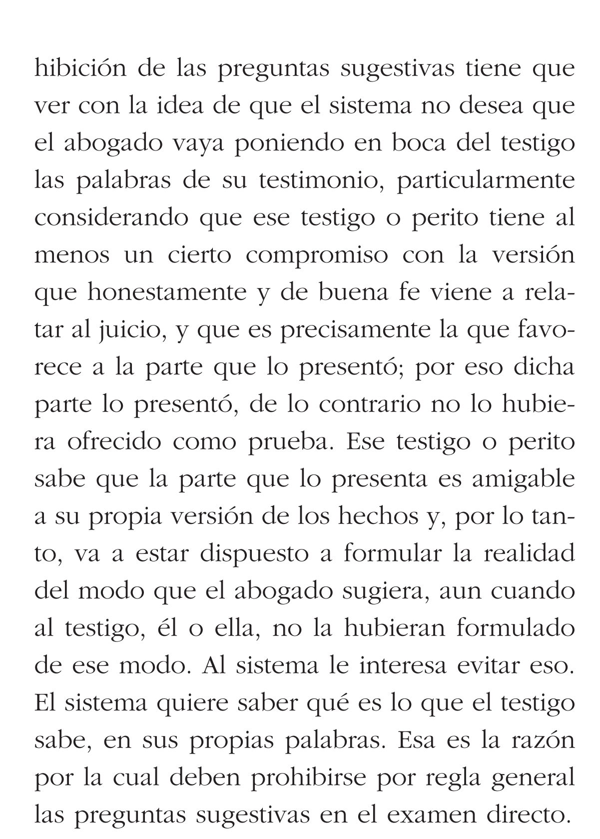
Hay ocasiones, con todo, en las que la disposición cronológica del contraexamen será importante: se trata, en general, de casos en los que la inconsistencia del testimonio está precisamente en dicha cronología; como cuando, por ejemplo, queremos evidenciar que resulta inverosímil que los hechos hayan ocurrido en el tiempo en el que el testigo afirma.

8. Preguntas

Al igual que en el examen directo, el litigante dispone de un tipo de herramienta esencial para la ejecución de su contraexamen: las preguntas. Sin embargo, debido a la lógica radicalmente diversa entre una y otra actuación, es necesario que revisemos qué tipos de preguntas son las que resultan más apropiadas para cumplir con los objetivos del contraexamen.

8.1 Preguntas sugestivas de un solo punto

La falta de comprensión de la dinámica de la contradictoriedad ha llevado a los códigos latinoamericanos a repetir mecánicamente la prohibición de preguntas sugestivas para todo evento (tanto en el examen directo como en el contraexamen). Sin embargo, una comprensión más acabada de las dinámicas de litigación de juicio oral exige imprescindiblemente la admisión de preguntas sugestivas en el contraexamen. La lógica que existe tras la pro-



hibición de las preguntas sugestivas tiene que ver con la idea de que el sistema no desea que el abogado vaya poniendo en boca del testigo las palabras de su testimonio, particularmente considerando que ese testigo o perito tiene al menos un cierto compromiso con la versión que honestamente y de buena fe viene a relatar al juicio, y que es precisamente la que favorece a la parte que lo presentó; por eso dicha parte lo presentó, de lo contrario no lo hubiera ofrecido como prueba. Ese testigo o perito sabe que la parte que lo presenta es amigable a su propia versión de los hechos y, por lo tanto, va a estar dispuesto a formular la realidad del modo que el abogado sugiera, aun cuando al testigo, él o ella, no la hubieran formulado de ese modo. Al sistema le interesa evitar eso. El sistema quiere saber qué es lo que el testigo sabe, en sus propias palabras. Esa es la razón por la cual deben prohibirse por regla general las preguntas sugestivas en el examen directo.

La función del contraexamen, en cambio, es otra. El contraexamen consiste precisamente en superponer otra versión a los hechos relatados por el testigo; consiste en relevar aquella información que el examen directo ocultó, exageró, tergiversó o subvaloró. En ese sentido, el contraexamen enfrenta al abogado y al testigo; en diversos grados, los testigos o peritos que se contraexaminan son por lo general hostiles al contraexamen. Es razonable que así sea, en la medida en que el contraexamen consiste precisamente en relativizar el testimonio del testigo, y en ofrecer otra versión para esos mismos hechos. En este sentido, la razón que existía para prohibir las preguntas sugestivas desaparece: en el caso del contraexamen, no se trata de un testigo complaciente con la formulación de la realidad que hace el contraexaminador; el testigo siempre va a poder -y siempre va a estar dispuesto a- negar las palabras que el abogado está poniendo en su boca si ellas no reflejan la realidad en ninguna versión; en la contracara, el contraexamen va a poder cumplir su función, la de ofrecer efectivamente otra versión posible para el relato de este testigo -una genuina contradictoriedad-, sólo si se le permite al abogado preguntar sugestivamente. La experiencia adversarial es bastante clara en este sentido: sin preguntas sugestivas en el contraexamen, no hay genuina contradictoriedad. Un ejemplo de lo anterior se da en el Código Procesal Penal Chileno, el cual ha recogido expresamente esta situación en su artículo 330, en el que se prohibe la utilización de las preguntas sugestivas sólo en el examen directo.

Las preguntas sugestivas constituyen la clave del contraexamen temáticamente orientado; nos permiten dirigir la respuesta del testigo hacia la específica porción de información que el contraexamen persigue, allí donde un testigo hostil va a estar permanentemente intentando eludir, evitar, rodear o adornar la respuesta. Incluso si se trata de un testigo que no es particularmente hostil a nuestro caso, es poco probable que, como contraexaminadores, vayamos a teneralguna oportunidad de sostener con él una reunión de preparación para el juicio. Así las cosas, las preguntas abiertas van a abrir todo el espacio del mundo para que el testigo hostil eluda el tema; y, si el testigo no es especialmente hostil, es probable que la pregunta abierta lo aleje naturalmente del tema (pues el testigo no tiene porqué adivinar cuál es la otra versión que queremos superponer a su historia).

Supongamos que nos interesa extraer del testigo la simple afirmación de: "estaba aterrorizado mientras vi los hechos". Supongamos que no formulamos una pregunta sugestiva, sino una más abierta como: "¿nos podría describir cuál era su estado mental?" El testigo -incluso sin ser especialmente hostil- puede alejar su respuesta del específico pedazo de información que queremos obtener, demorarse mucho tiempo en llegar a ella, o no formularla en los

términos en que necesitamos que sea formulada: "bueno, usted comprende, la situación era difícil, pero yo estaba tranquilo… y siempre he dicho que ante las dificultades de la vida hay que mantener el espíritu sereno… igual, a uno no le pasa esto todos los días, y a cualquiera le daría miedo pasar por una experiencia así, pero por otro lado las cosas podrían haber resultado mucho peor…". Quizás todo eso sea verdad. Pero el punto que nosotros necesitábamos lograr (antes de que se duerman los jueces), el hecho de que el testigo estaba aterrorizado (que es, bajo tal intensidad, lo que podría tener impacto en sus condiciones de percepción), se ha perdido en la maraña de información adicional inservible.

La pregunta sugestiva, en cambio, pone ante el testigo la versión de la realidad tal cual es formulada por el contraexaminador, sin rodeos ni pérdidas de tiempo ("y no es cierto que en ese momento usted estaba aterrorizado…"); si la pregunta sugestiva aprehende en algún sentido la realidad tal como el testigo la entiende, entonces éste tendrá que aceptar que ésta es una formulación posible también, aparte de la que él mismo entregó. Si la pregunta no aprehende la realidad en ningún sentido, el testigo siempre podrá responder :"no, no es cierto que haya estado aterrorizado en ningún momento…"

La pregunta de contraexamen no sólo es sugestiva; es también de un solo punto. Una pregunta, un pedazo de información. Lo opuesto a una pregunta de un solo punto es una pregunta compuesta, que es una pregunta que contiene, en realidad, más de una pregunta.

Una pregunta compuesta, por ejemplo, correría así: ¿de dónde sacó la clave con la que accedió al computador de su jefe para transferir el 1 de Julio el millón de dólares de la cuenta en Suiza hasta su cuenta en las Islas Caimán? Esta pregunta encierra, como se ve, una multiplicidad de puntos, cada uno de los cuales amerita una pregunta particular:

P1: *el día 1 de Julio usted hizo una trasferencia de dinero hasta su cuenta corriente personal…*
R: *Sí.*
P2: *Y esa transferencia fue por el monto de un millón de dólares…*
R: *Sí.*
P3: *Y ese dinero lo transfirió desde una cuenta en Suiza…*
R: *Sí.*
P4: *La cuenta de origen, en Suiza, es una cuenta corporativa de la empresa…*
R: *Sí.*
P5: *Y para poder realizar dicha transacción, tuvo que hacerla desde el computador de su jefe, ¿no es cierto?*
R: *Sí, es cierto.*
P6: *Pero el computador de su jefe tiene un código de acceso, ¿no es verdad?*
R: *Sí, tiene un código de acceso…*
P7: *¿De dónde sacó el código?*

Desagregar una pregunta compuesta en preguntas de un solo punto responde tanto a razones normativas como estratégicas:

a) Normativamente hablando, se trata de una pregunta capciosa (salvo que se esté recapitulando información ya ofrecida por el testigo). Es capciosa en la medida en que contiene en realidad varias preguntas, y el testigo sólo tendrá oportunidad de responder a la última, pasando las demás disfrazadas como afirmaciones en el resto de la pregunta. Así en el ejemplo que veíamos recién: el testigo no ha dicho aún nada sobre haber transferido fondos, desde cuál banco a qué banco, ni desde qué computador; pero ocupamos toda esa información como antecedente de una pregunta que formalmente va a ser acerca del origen del código. En este caso la contraparte puede objetar que no se le está dando oportunidad al testigo de que confirme o deniegue todos los otros pe-

dazos de información y, en consecuencia, oponerse a que, cuando éste responda acerca del código, el abogado vaya a pretender dar también por confirmado todo el resto de la información. Desde un punto de vista normativo, entonces, la pregunta sería capciosa.

b) Por otro lado, desagregar la pregunta en formulaciones de un solo punto tiene ventajas tácticas: en primer lugar, aumenta el control. Evita que el testigo pueda enredar nuestro contraexamen cuestionando algunos de los elementos que componen la pregunta compuesta. Comparemos estas preguntas:

1. Llegaron a la comida pasadas las 19:00 hrs. ¿No es así?
2. Una vez que salieron juntos de la casa para ir a la comida, como tuvieron que ir por un camino que no habían hecho antes y además comenzaron a discutir en el auto cuando iban casi llegando, terminaron finalmente atrasándose y llegando después de las 19:00 hrs. ¿verdad?

Como hay mucha más información en la segunda pregunta (la pregunta compuesta), ella le abre mucho más espacio al testigo para relativizar su respuesta aceptando sólo parte de los enunciados, otras partes no, o algunos enunciados sólo parcialmente, o bien a condicionarla dependiendo de lo que el abogado "quiera decir con...", o bien, por último, a simplemente no entender cuál es exactamente la pregunta (o a decir que no la entiende). Quizás esté dispuesto a aceptar que salieron juntos en dirección de conseguir la comida, pero no esté de acuerdo en que efectivamente discutieron; quizás sí esté dispuesto a aceptar que se perdieron, pero no crea que la causa fue el desconocimiento del camino... Esto es el pantano de nuevo y el contraexaminador no quiere entrar en estas discusiones, ni quiere ceder el control del contraexamen a un testigo que, puesto en condiciones de relativizar las preguntas o sus respuestas, terminará echando por tierra nuestro objetivo de convertir cierta evidencia específica en blanco de la atención del juzgador.

En segundo lugar, la desagregación de las preguntas aumenta la comprensión del juzgador -porque lo va llevando paso a paso por el desarrollo de los hechos. En tercer lugar, le saca más punta al tema, aumentando su impacto, al obtener varias respuestas favorables allí donde la pregunta compuesta habría obtenido -con suerte- sólo una respuesta en nuestro favor. Así, por ejemplo, de haber formulado la pregunta 2 (y suponiendo que no haya sido objetada por la contraparte), sólo habríamos obtenido un "sí" de parte del testigo. En cambio, esa misma pregunta desglosada en varias de un solo punto habrá hecho que el juzgador escuche, durante varios minutos, al testigo concedernos la razón:

P: Ustedes salieron juntos desde su casa ¿no es así?
R: Así es.
P: Y salieron cerca de las 18:15...
R: Tiene razón.
P: Pero había arreglos en el camino principal...
R: Sí, había arreglos.
P: De manera que decidieron tomar un camino lateral...
R: Sí, decidimos ir por el camino que bordea el cerro.
P: Y el camino que bordea el cerro es más largo que el camino principal...
R: Así es.
P: Y no llegaron a la comida, sino pasadas las 19:00 hrs., ¿no es eso cierto?
R: Sí, es verdad...
P: Y en el trayecto tuvieron una discusión acerca de llegar siempre atrasados…
R: Sí…

Con todo, las preguntas sugestivas no convertirán mágicamente la evidencia perjudicial en evidencia útil a nuestra causa. El con-

traexamen no es magia, y no puede tornar un caso malo en bueno. El poder de las preguntas sugestivas consiste en que son la herramienta que más eficazmente ofrece al juzgador esa versión alternativa en la cual consiste nuestra teoría del caso; pero, por supuesto, el contraexamen no puede ser más que lo que es la teoría del caso, y ésta, a su turno, no puede ser más que lo que la información del caso y la prueba disponible permiten.

No obstante -y he aquí el gran valor de las preguntas sugestivas- si la pregunta aprehende al menos una faceta de lo que el testigo considera verdadero, éste no tendrá más opción que confirmarlo, aun cuando él mismo jamás habría formulado la respuesta de esa manera. Así, por ejemplo, cuando preguntamos al acusado: "señor, usted golpeaba a su mujer, ¿no es verdad?", no le damos al testigo la posibilidad de formular respuestas alternativas como: "no nos llevábamos muy bien", "peleábamos, como cualquier matrimonio", "ambos nos hicimos daño mutuamente alguna vez", "una vez se me pasó un poco la mano y me puse un poco violento", o cualquier otra cosa que se le ocurra. En cambio, la redacción de la información que se presenta al tribunal dice que el testigo golpeaba a su mujer, y esa formulación es la que el abogado quiere asentar. Punto. Al testigo no le queda más opción que confirmar dicha información -pues aprehende en algún sentido la realidad-, aunque él nunca la habría formulado de esa manera. En el contraexamen es uno -y no el testigo- quien maneja las palabras con que fluye la información. Esto no quiere decir que estemos alterando la realidad o tergiversándola. Para nada. Precisamente el objeto del contraexamen -ya no desde el punto de vista de la de la parte, sino del sistema- es proveer la posibilidad de que alguien superponga a estos mismos hechos y a esa misma prueba una versión diferente de aquella que se acaba de fijar unilateralmente. El testigo ya nos acaba de dar su versión libremente, con toda la libertad y asistencia que le ofrece el examen directo; ahora el sistema necesita precisamente cotejar dicha versión, y explorar las versiones alternativas, si es que las hay. Ya se encargará la contraparte de hacer también ella las formulaciones y reformulaciones que considere necesario. Ese es el método adversarial. Del juego y de la competencia entre estas distintas maneras de formular la realidad, el juez dispondrá de una variedad más amplia y enriquecida de información -cuya calidad, además, habrá sido mejor cotejada- para fijar finalmente el relato que servirá de base a su sentencia.

8.2 Preguntas abiertas

A pesar de que, como se dijo, el instrumento por excelencia del contraexamen son las preguntas sugestivas, un buen contraexamen con frecuencia mezcla preguntas sugestivas, abiertas y cerradas.

Mientras las preguntas sugestivas tienen todas las ventajas que ya hemos señalado, pueden tener a su turno costos en credibilidad: producir la sensación de que somos nosotros -y no el testigo- quienes estamos dictando el testimonio a éste. Por supuesto, contraexaminar consiste precisamente en eso. Pero se debe tener cuidado con despertar las suspicacias del tribunal a tal nivel que llegue a tener la impresión de que el abogado no está tratando al testigo con la debida ecuanimidad o que está ocultando información, pues ello afecta, naturalmente, la credibilidad.

Resulta útil, pues, intercalar preguntas abiertas, cuidándonos de que ello se realice en zonas seguras del contraexamen; zonas en las que no requiramos demasiado control (porque sabemos lo que el testigo va a responder y no es demasiado relevante cómo formule esa porción de la información, o bien no tiene muchas posibilidades de formularla de otra manera, o, en fin, su propia formulación de la realidad fa-

vorece nuestra teoría del caso). En este mismo sentido, mientras menos hostil sea el testigo en los hechos, es mayor nuestra posibilidad de recurrir a preguntas abiertas.

Un momento especialmente adecuado para realizar preguntas abiertas es cuando el testigo está mintiendo y vamos a poder evidenciar esa mentira; si ese es el caso, por supuesto queremos que se explaye en esa mentira, en sus propias palabras y con lujo de detalles: lo único más despreciable que una mentira es una mentira detallada.

Por último, las preguntas abiertas inducen al testigo a hablar, aumentando las posibilidades de que incurra en alguna inconsistencia, contradiga a otro testigo de la contraparte o aporte información útil a nuestro caso.

9. Objetivo, líneas, preguntas y argumentos

De todo lo que hemos venido diciendo, resulta que en el contraexamen se pueden distinguir objetivos que deseo alcanzar, líneas de contraexamen respecto de cada uno de esos objetivos, preguntas para cada una de esas líneas, y argumentos que construiré a partir de la prueba producida por mis preguntas y sus respuestas. Entonces, podemos precisar:

Objetivos: se trata de los objetivos revisados en el punto 5. En ocasiones, la prueba podrá expresarse derechamente en el lenguaje de los objetivos, como cuando el testigo acredita una prueba material. Sin embargo, con frecuencia el objetivo perseguido -especialmente cuando se trata de una desacreditación- no será explícito y deberá ser construido a través de líneas de contraexamen.

Líneas de contraexamen: una línea de contraexamen es el específico y concreto mensaje que se quiere enviar al tribunal respecto de una prueba o un tema en particular. Es la expresión de mi teoría del caso respecto de esa prueba o tema; mi específica versión al respecto.

Típicamente, adopta formatos como los siguientes: “este doctor no es realmente un experto en el área de conocimiento sobre la que está declarando”, “la madre está mintiendo para proteger a su hijo”, “este químico no nos puede afirmar con certeza que la sangre pertenezca a mi cliente”.

Para cada objetivo del contraexamen puedo contar con una o con varias líneas de contraexamen.

Cuidado con confundir la línea de contraexamen con el argumento. La línea de contraexamen es el insumo fáctico para el argumento. No es que siempre sea tan fácil distinguirlos, ni que sea siempre imprescindible hacerlo. Aquí no se trata de una depuración conceptual. El punto es que la presentación de la prueba no es un ejercicio argumentativo, sino uno de obtención de información. Confundir ambas cosas nos va a llevar frecuentemente a la tentación de pretender que el testigo nos diga la conclusión que tenemos en mente y vamos a hacer “la pregunta demás”, cuando en realidad somos nosotros los que debemos -y queremos- ofrecer dicha conclusión en el alegato final.

Preguntas. Cada línea de contraexamen puede componerse de muchas preguntas, tantas como se requiera para explotar la línea lo más posible. En general, no es una buena idea llegar al juicio con las preguntas escritas; tanto el ritmo del contraexamen como nuestra capacidad de reacción ante el testimonio concreto del testigo son cuestiones cruciales, y si nuestra atención está puesta en buscar la pregunta siguiente en la lista, ambas cosas se dañan. Si el abogado necesita apoyar su memoria, es mejor escribir más bien las respuestas que se ne-

cesita obtener del testigo, los temas sobre que versan las preguntas, o bien la declaración textual del testigo sobre la que se quiere ir en la línea de contraexamen.

Argumento. El argumento es nuestra interpretación específica y concreta de la prueba producida, en términos de su mensaje según nuestra teoría del caso. El ejercicio de argumentación lo haremos en el alegato final, a partir de la información producida por las preguntas y respuestas de cada una de las líneas de contraexamen. Y sólo a partir de dicha información. El ejercicio de argumentación, como veremos a propósito del alegato final, no es cualquier palique que al abogado se le ocurra decir. No cualquier ruido que sale de la boca de un abogado es un argumento. Hay ruido que es sólo eso: ruido. La más fundamental comprobación de esto es que los argumentos que puedo construir en el alegato final están específica y completamente determinados por la información producida por la prueba. Esta es la razón por la cual mis líneas de contraexamen y sus preguntas deben hacerse con absoluta atención respecto a qué es lo que quiero estar en condiciones de poder argumentar en el alegato final. Supongamos que mi pregunta al testigo fue: "y, de hecho, ¿no es efectivo que usted no vio la cara de la persona que huía del lugar, sino por apenas unos pocos segundos? Y el testigo responde: "bueno, usted tiene que entender que las cosas ocurrieron muy rápido…" Si dejo pasar esa respuesta -que no responde a mi pregunta- la proposición fáctica "este testigo sólo vio al hechor durante unos pocos segundos" no está acreditada, y no puedo argumentar en el alegato final dándola por acreditada pues ello tergiversa la prueba. Especialmente, no puedo asumir que la respuesta del testigo implicó aceptación: por así decirlo, no existe el testimonio tácito.

Usemos para ejemplo el contraexamen de la señora Kiev:

Objetivo N°1: desacreditar su credibilidad personal.

Primera línea de contraexamen: Ella sólo denunció cuando el señor Kiev le dijo que la dejaba por otra mujer.

Preguntas:

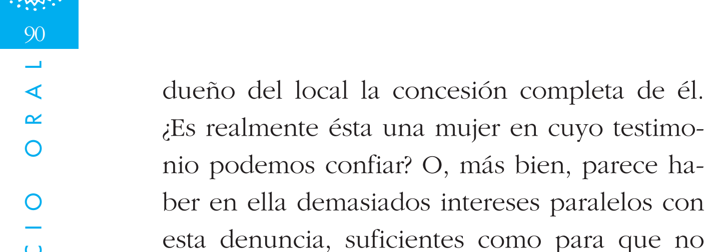
- Primera noticia de los supuestos abusos.
- 4 supuestas ocasiones en que Ana le dijo.
- Anuncio de su marido de irse con otra mujer.
- Denunció al día siguiente.

Segunda línea de contraexamen: le dijo al dueño del negocio que ella podía hacerse cargo de toda la concesión.

Preguntas:

- Los Kiev tenían frecuentes y fuertes peleas, porque ella no estaba conforme con su participación en las utilidades del negocio.
- El día que denunció a su marido, la señora Kiev fue directamente a ver al dueño del negocio, lo puso sobre aviso de que iban a detener a su marido, y se ofreció para continuar la concesión ella sola.

Argumento: la señora Kiev es una persona capaz de manipular a su hija para que denuncie falsamente a su padre, por dinero y por despecho. Durante una año entero dice haber sido incapaz de enfrentarse a su marido respecto de los supuestos abusos a Ana, pero sabemos que era perfectamente capaz de enfrentarse a él fieramente cuando se trataba de repartir las ganancias del negocio. No denunció estos supuestos abusos sino hasta el día que él le dijo que se iba con otra mujer y, no bien puso la denuncia, fue directamente a pedirle al



dueño del local la concesión completa de él. ¿Es realmente ésta una mujer en cuyo testimonio podemos confiar? O, más bien, parece haber en ella demasiados intereses paralelos con esta denuncia, suficientes como para que no sepamos qué de lo que nos dice sirve realmente a la verdad y qué, en cambio a su propia agenda…

Objetivo N°2: desacreditar la credibilidad del testimonio

Primera línea de contraexamen: ella nunca presenció los abusos.

Preguntas:

- Los abusos, supuestamente, siempre ocurrieron cuando ella estaba en su turno en el negocio.
- Ella siempre se enteró de los supuestos abusos exclusivamente por lo que Ana le decía.
- En cada una de las cuatro ocasiones, Ana le contó varios días después de ocurridos los supuestos abusos.

Segunda línea de contraexamen: La abuela, dos semanas después de llegar, comenzó a trabajar en el negocio compartiendo el turno con la señora Kiev.

Preguntas:

- Horario del turno del señor Kiev
- Horario del turno de la señora Kiev
- Horario de llegada de Ana a la casa desde el colegio
- Horario en que se producían los supuestos abusos
- Si trajeron a la abuela supuestamente para cuidar a Ana en la casa
- Fecha de llegada de la abuela
- Fecha en que comenzó a trabajar en el negocio
- Horario de la abuela en el negocio

Argumento: La fiscalía pretende que creamos que la situación era tan desesperada que tuvieron que traer a la abuela desde Polonia, a los setenta y cinco años de edad, para que Ana no estuviera sola en las tardes con su padre, cuando ella volvía del colegio y él de su turno en el negocio. ¿Es esto creíble? Tan desesperada era la situación que, dos semanas después de haber llegado para proteger a Ana, la abuela se va a trabajar con su hija al negocio, en el mismo horario, en las tardes, con lo cual Ana volvió a quedar completamente sola en la casa con el señor Kiev a la vuelta del colegio… O tal vez la situación no era nada desesperada y era perfectamente razonable que la abuela Kiev ayudara a su hija en el trabajo, porque Ana jamás estuvo realmente en peligro con su padre, porque estos supuestos abusos jamás tuvieron lugar…

10. Formas de encarar el contraexamen

Cada uno de los objetivos planteados para el contraexamen puede ser encarado -en la medida en que la información nos lo permita- a través de una de las siguientes vías:

10.1 Utilizar las declaraciones previas del testigo contraexaminado

Esta es una de las mejores posiciones en las que un abogado se puede encontrar: el testigo está declarando en el examen directo y está siendo inconsistente respecto de otras declaraciones prestadas con anterioridad. Técnicamente, cualquier exteriorización de la voluntad del sujeto constituye una declaración previa, cualquiera sea su grado de formalización: lo que le dijo a la policía, al fiscal, lo que escribió en una carta a una tía lejana, las anotaciones que hizo en un libro de contabilidad o en su

diario de vida, un correo electrónico que escribió, etc. Todas estas manifestaciones son, técnicamente, 'declaraciones previas'. Por supuesto, el formato de estas declaraciones previas no es inocuo, desde el punto de vista de nuestras posibilidades, para probar la existencia de dichas declaraciones y su contenido; tampoco son inocuas las reglas de exclusión de la prueba y su alcance respecto de las declaraciones para ser utilizadas con el específico fin de demostrar inconsistencias. El punto es que, habiendo el testigo declarado previamente hechos distintos, inconsistentes o contradictorios con los que ahora escuchamos en el examen directo, nos pone en una posición privilegiadamente segura para contraexaminarlo en esa área, extraer de la declaración previa aquello que ahora esté callando, o dejar en evidencia la falta de consistencia de su testimonio con ella , con el consecuente daño a su credibilidad.

Por su importancia y sofisticación, destinamos a este tema un capítulo especial del presente libro. En dicho capítulo nos hacemos cargo del procedimiento requerido para la utilización de las declaraciones previas y algunas cuestiones normativas que fijan el ámbito en el que nuestro código permite su utilización.

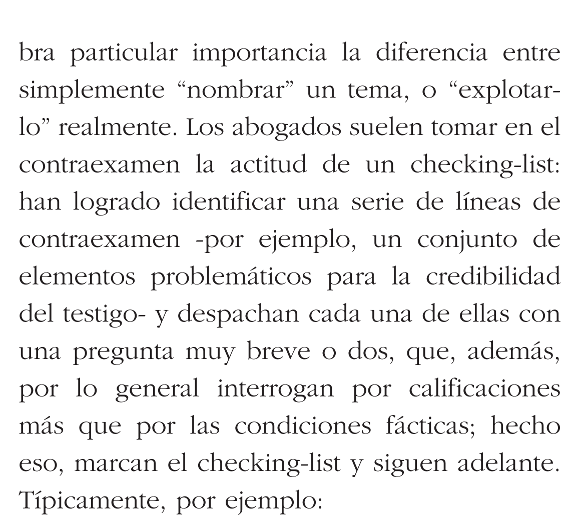
10.2 Utilizar las declaraciones de un testigo más creíble

Una de las tareas duras durante el juicio es no perder la visión de conjunto de todo lo que está pasando al interior de él. Con frecuencia nos enfrascamos en la particularidad de la específica actividad de litigación en la que estamos sumergidos, perdiendo la percepción del juicio como conjunto. Esto no puede ocurrir, pues en esto radica, probablemente, una de las destrezas claves de un buen litigante: jamás perder de vista el universo del juicio y ser capaz de dimensionar con precisión de qué manera cada pieza de lo que ocurre encaja en él. En el juicio, entonces, cada una de estas piezas es más -o menos- idónea para probar nuestras proposiciones fácticas o las de nuestra contraparte. Por supuesto, lo mismo ocurre con los testigos. Un testigo puede parecer tremendamente creíble y seguro de lo que dice, y a uno le puede parecer que no tiene nada que hacer con él en el contraexamen. Sin embargo, es posible que podamos conseguir -o que ya haya declarado- un testigo más creíble que él, y que ambos testimonios sean incompatibles. Por ahí debemos entrar. Si el testigo más creíble ya ha declarado, podemos citar su testimonio en el contraexamen y hacer que el testigo contraexaminado entre en directa confrontación con él, desacreditándose (pues el primer testigo era más creíble que él). Si el testigo más creíble aún no ha declarado, debemos extraer en el contraexamen las afirmaciones específicas que luego refutaremos llamando al estrado al testigo más creíble. La explicitación acerca de cómo el testigo ha quedado desacreditado nos la reservaremos para el alegato final.

10.3 Entorno de condiciones y falta de credibilidad

El arte de litigar es el arte de construir entornos de condiciones. Esto es particularmente cierto cuando se trata de desacreditar al testigo o su testimonio. El mensaje subyacente –el argumento que debo estar en condiciones de ofrecer persuasivamente en el alegato final- es que, dado tal entorno de condiciones, es razonable creer que el testigo pueda estar mintiendo, o bien que no es creíble que las cosas hayan ocurrido como éste dice que ocurrieron.

Con ese objetivo, tengo que construir dicho entorno de condiciones en el contraexamen. El arte de construir el entorno de condiciones es el arte de desagregar, y de desagregar hechos (por oposición a calificaciones). Las condiciones que hacen a la dificultad del testigo para ofrecer un testimonio creíble deben ser desagregadas tanto como sea posible. Aquí co-



bra particular importancia la diferencia entre simplemente "nombrar" un tema, o "explotarlo" realmente. Los abogados suelen tomar en el contraexamen la actitud de un checking-list: han logrado identificar una serie de líneas de contraexamen -por ejemplo, un conjunto de elementos problemáticos para la credibilidad del testigo- y despachan cada una de ellas con una pregunta muy breve o dos, que, además, por lo general interrogan por calificaciones más que por las condiciones fácticas; hecho eso, marcan el checking-list y siguen adelante. Típicamente, por ejemplo:

P: Señora Kiev, su relación con su marido no era buena, ¿no es así?

R: Bueno, no, no era muy buena.

Y vamos a otro tema…

Cuando trabajamos con calificaciones como "*no era muy buena*", por lo general, no puedo estar seguro de que el juzgador entienda lo mismo que tenemos nosotros en mente. En esa medida, dejamos entregado nuestro punto a la fortuna de que así sea, a la fortuna de que el tribunal sea suficientemente inteligente o ingenioso para ver lo que no le hemos mostrado explícitamente, de que comparta nuestros prejuicios, y todo lo demás que hace a nuestra comprensión de la expresión "*no era muy buena*". Recuerden además que nuestra idea acerca de la relación de los Kiev cuenta con un conjunto de información obtenida a través de meses de relación con el caso, nada de lo cual está en la mente del tribunal. Así, en el ejemplo, no sabemos si por "no muy buena" el tribunal entiende golpes físicos, desencuentro sexual o simple falta de mimos a la hora del té; no sabemos si del hecho de que la relación entre ellos haya sido "no muy buena" el tribunal infiere que la señora Kiev le guardaba tanto rencor a su marido que sería capaz de inducir a Ana a declarar falsamente en contra de su padre y de perjurar ella misma en el tribunal, o si simplemente hay muchas parejas que tienen una relación "no muy buena", y que no por ello es posible deducir el tipo anterior de cosas. Por último, el formato de calificación no nos deja con buen pie para la argumentación en el alegato final: le abre toda la puerta a la contraparte para relativizar nuestra interpretación de la expresión "no muy buena"; así, la contraparte dirá: "…la defensa pretende que la señora Kiev está mintiendo porque, en sus propias palabras, la relación entre ella y su marido "no era muy buena"; de ahí la defensa deduce las cosas más increíbles… Pero, si le hubieran preguntado a la señora Kiev lo que quiso decir con eso –cosa que no escuché al defensor hacer-, hay un millón de cosas que nos podría haber dicho; así como prácticamente cualquier matrimonio, nos podría dar una versión diferente acerca de sus propias épocas respecto de lo que es tener con su pareja una relación "no muy buena"… El defensor pretende que todos adoptemos la interpretación que más conviene a su caso, pero, ¿qué razones hay para adoptar esa en particular y no cualquiera otra…?"

Transformemos esa misma pregunta, en cambio, al entorno de condiciones:

P: Señora Kiev, usted y su marido peleaban con frecuencia, ¿no es así?

R: Bueno, no con tanta frecuencia…

P: Ana declaró que aproximadamente dos o tres veces a la semana había entre usted y su marido una pelea… ¿es eso correcto, digamos, en promedio?

R: Sí.

P: Y esas peleas eran a gritos entre usted y su marido…

R: O sea, por supuesto que a veces levantábamos la voz, pero no siempre…

P: Pero, de hecho, en doce ocasiones nada más el último año, fue la policía a su casa producto de denuncias de vecinos por ruidos molestos…

R: No sabría decirle exactamente cuántas veces fueron, pero sí, vino la policía varias veces…

P: *De manera que los gritos entre usted y su marido podían ser oídos incluso desde las casas vecinas…*
R: *Supongo…*
P: *Y alguna de las cosas que su marido le gritaba, voy a citar textualmente, por favor corríjame si no estoy en lo correcto, eran que usted era "una puta barata", que "no calentaba a nadie en la cama", que era una "frígida", que usted era "estúpida como un perro recién nacido"… ¿le son familiares estas expresiones, señora Kiev?*
R: *Sí, me decía todas esas cosas…*
P: *Y muchas veces estas peleas incluían también agresiones físicas, ¿no?*
R: *A veces…*
P: *De hecho, en tres ocasiones usted estampó denuncias en contra de su marido por golpes recibidos de parte él… ¿no es así?*
P: *¿Y esos golpes eran con puño cerrado?*
R: *Sí.*
P: *¿En la cara?*
R: *En la cara, en los brazos, donde fuera que cayera…*
P: *De hecho, una vez la tuvieron que enyesar un mes entero porque le rompió un brazo, ¿no es verdad?*
R: *Sí, es cierto.*
P: *Ahora, usted por su parte, una vez le rompió un florero de vidrio en la cabeza, ¿no es así?*
R: *Sí.*
P: *Y le produjo una herida en la cabeza que requirió cuarenta y dos puntos…*
R: *No sé cuántos puntos fueron…*
P: *Pero sí recuerda que lo hayan llevado de urgencia al hospital…*
R: *Sí…*

Ahora tenemos un entorno de condiciones con qué trabajar. Ahora, no estamos dejando entregado al simple arbitrio de la imaginación judicial el significado de la expresión "no muy buena"; ahora todos sabemos -jueces incluidos- en qué incidentes se traduce concretamente dicha expresión.

Esta forma de contraexaminar -acaso la más común- consiste, entonces, en construir el entorno de condiciones fácticas que me pongan en condiciones para argumentar cómodamente en el alegato final.

Como se recordará, en el capítulo acerca de la teoría del caso hacíamos referencia a una serie de elementos que hacían a un relato creíble. De ellos, son de particular relevancia la coherencia interna y la consistencia con la experiencia común. Revisemos cómo juegan ambos elementos.

10.4 Coherencia interna

En ocasiones, para evidenciar la incoherencia interna sólo bastará hacer que el testigo repita ligadamente en el contraexamen trozos de su historia que en el examen directo se encontraban intercalados por otros aspectos del relato. En otras, el testigo deberá ser confrontado con declaraciones previas inconsistentes, o con elementos de prueba material que hagan perder coherencia a su testimonio.

Revisemos, a la luz de esto, el ejemplo de la familia Kiev: la madre de Ana acaba de pasar por el examen directo, y en él declaró cuán trágico había sido para Ana haber sido abusada por su padre durante todo el año en que los hechos ocurrieron. El contraexamen sigue más o menos así:

P: *Sra. Kiev, ¿nos dice usted que estaba preocupada por su hija Ana mientras estos hechos que nos ha relatado tenían lugar?*
R: *Sí, estaba muy angustiada por lo que le estaba pasando a mi hija.*
P: *Y esta situación se extendió durante un año completo.*
R: *Sí.*
P: *Pero durante ese año usted no le contó a nadie acerca de lo que supuestamente Ana le había dicho...*



R: *No.*

P: *Jamás hizo una denuncia ante la policía...*

R: *No.*

P: *¿Nunca llevó a Ana a un hospital para que la examinaran?*

R: *No.*

P: *¿Tampoco la llevó con algún otro especialista que la pudiera ayudar, un psicólogo, el centro comunitario, la corporación de asistencia judicial, los servicios sociales de la Municipalidad?*

R: *No, no se me ocurrió.*

P: *En cambio ese año se fue al Caribe con su marido a pasar su "segunda luna de miel"...*

R: *Pensé que de ese modo podría protegerla...*

P: *Y luego de ese largo año sin que usted haya hecho nada, finalmente decidió denunciar a su marido precisamente en el momento en que éste le anunció que la dejaría por una amante, ¿es así como ocurrieron los hechos, Sra. Kiev?*

En el ejemplo, sin agregar nueva información, uno sugiere que este comportamiento de la madre es inverosímil: pretender que creamos que es verdad que Ana le haya dicho que su padre estaba abusando de ella, aunque no haya ningún rastro de ello a lo largo de todo el año en que se supone los hechos ocurrieron. Contrapone entonces la afirmación del testigo: "Ana me dijo que estaba siendo abusada" con esta otra: "no me dijo nada que fuera lo suficientemente grave como para que yo actuara". Por supuesto, esta inverosimilitud podrá ser discutida por la fiscalía si ésta tiene una explicación al respecto -por ejemplo, que en este tipo de casos es normal este comportamiento por parte de las madres-; sin embargo, la carga de la credibilidad se ha trasladado ya de una parte a la otra. Nótese que, en este caso, el contraexamen se puede limitar simplemente a exponer correlativamente una serie de hechos, ninguno de los cuales es nuevo respecto de lo que escuchamos en el examen directo, pero cuya falta de credibilidad había pasado oculta o desatendida por haberse expuesto como una serie de ideas dispersas y entrelazadas con otras que distraían la atención del juzgador (por ejemplo, el fiscal las habrá mezclado con el relato de los hechos de los que Ana decía haber sido víctima o de cuánto sufrimiento le produjo a la madre toda esta situación...).

10.5 Experiencia común

Estamos más llanos a aceptar un relato cuando éste se acerca al formato de lo que en general ocurre en tales situaciones, de acuerdo a la experiencia más o menos repetida y uniforme de la generalidad de las personas. Mientras el relato se aleja más de tal experiencia compartida, más se desplaza la carga de la prueba, en lo que concierne a su credibilidad, en contra de dicho relato.

Así, por ejemplo, la principal testigo de la fiscalía en un caso por violación ha declarado que, una vez que encontró a su amiga violada en la playa, ésta le dijo que había perdido uno de sus zapatos rojos en la casa del violador y le había pedido que lo recuperara. El contraexamen de este caso (real), ocurrió como sigue:

P: *Usted ha señalado en su examen directo que encontró a su amiga violada en la playa...*

R: *Sí.*

P: *Pero no la llevó inmediatamente a un hospital ¿verdad que no?*

R: *No. Ella me pidió que fuera a buscar uno de sus zapatos, que lo había dejado en la casa de Ricardo.*

P: *Ricardo era el sujeto que la violó...*

R: *Sí.*

P: *Y usted lo hizo...*

R: *Sí.*

P: *Fue a buscar el zapato...*

R: Sí.
P: A la casa donde, se supone, estaba el violador de su mejor amiga...
R: Bueno, yo lo conocía, nos habíamos visto un par de veces...
P: Pero es usted quien ha venido a declarar que él la violó, ¿no fue eso lo que le escuchamos decir en el examen directo?
R: Sí.
P: De manera que usted fue a buscar el zapato...
R. Sí.
P: A la casa de quien usted suponía había violado a su amiga...
R: Sí.
P: Y se había cortado la luz, ¿no es eso lo que usted acaba de contarnos?
R: Sí.
P: Así que estaba obscuro...
R: Sí.
P: Y usted, entonces, entró por este obscuro jardín a la casa, para buscar el zapato...
R: Sí, así es.
P: A la obscura casa donde estaba el violador que acababa de violar a su mejor amiga...
R: Sí.

Como se ve en el ejemplo, lo que esta parte del contraexamen explota es el hecho de que resulta perturbador, desde el sentido común más elemental, volver en busca de un zapato a la obscura casa donde está el violador. El sentido común nos dice que la gente no está dispuesta a hacer tal cosa, menos cuando nuestra mejor amiga acaba de ser violada y necesita asistencia médica. El sentido común nos dice que uno evita el peligro más que buscarlo y que, en todo caso, no es un zapato el tipo de razón por la cual las personas invierten esta regla. Lo que uno termina preguntándose, en consecuencia, es si es cierto que la famosa violación tuvo lugar, o si, en cambio, cualquier cosa que haya ocurrido allí fue lo suficientemente menos intimidante para la supuesta víctima, como para ésta le pida a su amiga preocuparse por el zapato.

10.6 Detalles

Los detalles son relevantes para la credibilidad del testigo en varias formas, incluso en formas contrapuestas: tal vez el testigo provea de detalles tan exiguos que su declaración sea inverosímil, precisamente porque la experiencia nos dice que, si efectivamente percibió lo que dice haber percibido, debería haber retenido también el tipo de detalles que la gente suele retener en ese tipo de situaciones. En otra versión ocurre precisamente lo opuesto: la declaración es poco creíble precisamente por la enorme cantidad de detalles que aporta el testigo, allí donde la experiencia nos dice que la capacidad para retener detalles es humanamente limitada (por ejemplo, esto ocurre en Chile, con la preparación de testigos falsos en los juicios por accidentes automovilísticos: los testigos llegan al juicio declarando las cosas más inverosímiles, como el número de patente de los autos involucrados o el nombre y rubro de cada uno de los negocios en la esquina del accidente).

10.7 Consecuencias

Si lo que dice el testigo es cierto, ello implica que debieran haber ocurrido entonces algunas otras cosas, según nos informa también la experiencia compartida o el sentido común acerca de ese tipo de hechos (luego, la línea de contraexamen dice: "¿por qué no están ellas incluidas en el caso de mi contraparte?..."). La experiencia señala que hay hechos que generan cierto tipo de reacciones, cierta clase de consecuencias. Si en el contraexamen un testigo no puede declarar respecto de esos hechos adicionales, quizás sea posible inferir que tal vez las cosas no sucedieron tal y como el testigo afirma. Se trata, pues, de utilizar la propia

experiencia para identificar los hechos que de manera consecuente debieron haber tenido lugar antes, durante y después del episodio principal relatado por el testigo.

Recordemos de nuevo el caso Kiev y el contraexamen a la madre de Ana. Si lo que ella decía era cierto -"Ana me dijo que su padre le estaba haciendo esas cosas"- ¿no debió haber buscado ayuda?, ¿no debió haberlo comentado con alguien?, ¿no debió haber denunciado a su marido? Esta, como se recordará, fue una línea de contraexamen de la defensa. Por supuesto, siempre es posible que el testigo tenga una explicación para que los episodios que narra se hayan apartado de los hechos que la experiencia común habría esperado estuvieran vinculados a éste. Aún así, el contraexamen logró en este caso invertir la carga de la prueba, y eso es siempre una ventaja.

10.8 La utilización de nuestra propia historia

En este caso- la idea es presentar nuestra versión de los hechos a través de preguntas sugestivas hechas al testigo que se contraexamina, aun sabiendo que el testigo negará todas nuestras preguntas sugestivas. Se trata de una forma débil de contraexamen, pues en definitiva no produce prueba: si el testigo niega mi pregunta sugestiva, no se acredita ninguna proposición fáctica. Sin embargo, en ocasiones puedo no tener opción: no tengo información para contraexaminar efectivamente al testigo, pero quiero hacerle ver al tribunal que no acepto su testimonio y que no estoy dispuesto a dejarlo pasar gratuitamente. Eventualmente, la negación a ultranza del testigo puede, además, tener algún impacto en su credibilidad -dependiendo del resto de la información-, especialmente si esta negación reiterada le dice al tribunal que este testigo está resuelto a negarlo todo, cualquiera sea la pregunta que le hagamos. Siendo ello así -y especialmente si es natural que sea así, como cuando el imputado se resiste a la versión acusadora-, entonces tal vez el tribunal crea que no es posible inferir demasiado del mero hecho de que el testigo niegue la información propuesta por el contraexaminador. Después de todo -como dice por ahí Bergman- la pregunta implícita de "¿no es verdad que usted es un despreciable mentiroso?" rara vez encuentra acogida en su destinatario.

Veamos un ejemplo: la fiscalía ha acusado a Navarro -nuestro cliente- por el presunto delito de haber violado a Inés. Navarro sostiene que efectivamente sostuvo relaciones sexuales con Inés, pero que éstas fueron consentidas. Un contraexamen de Inés, al estilo "nuestra historia", podría adoptar el siguiente formato:

P: *Mientras usted y Navarro estaban en la fiesta, bailaron toda la noche, ¿no es así?*
R: *No, no toda la noche.*
P: *Pero, en algún momento de la noche usted le comentó que estaba celosa de su esposa porque "lo podía tener cuando quisiera..."*
R: *No, no es verdad, nunca le dije eso.*
P: *De hecho, fue usted quien, en un momento de esa noche, le dijo que "continuaran la fiesta en su casa"...*
R: *Eso es mentira.*
P: *Sin embargo, cuando estaban en su casa, usted se cambió de ropa, se puso un baby doll...*
R: *No, simplemente me puse algo más fresco porque hacía calor.*
P: *Y en un momento le dijo a Navarro que usted podría "darle algo que su esposa jamás le daría..."*
R: *No, nunca he sido tan cursi...*

En este ejemplo, nuestra historia afirmativa -en el sentido de que Inés habría tenido sexo consentido- no ha sido en absoluto probada por este contraexamen y, por tanto, se debe recurrir a otra prueba para acreditarlo. Cuando no podemos hacer nada mejor que esto, sin embargo, esta forma de contraexaminar

puede todavía ofrecer algunos beneficios. El primero consiste en dejar claro que se cuestiona enfáticamente la declaración del testigo. Aunque no tengamos medios para hacer nada mejor con este testigo, no debemos permitir que el juzgador crea que aceptamos su declaración. Todavía es posible que el testigo responda afirmativamente a unas pocas preguntas acerca de nuestra propia historia, en cuyo caso habremos incorporado un beneficio adicional con el que no contábamos. Por último -particularmente si estamos del lado de la defensa- un contraexamen realizado a través de "nuestra historia" nos permite recordarle al juzgador que, si hasta ahora todo lo que ha oído parece incriminatorio, eso es porque nuestro caso aún está por presentarse y que nosotros todavía no hemos disparado; de este modo compensamos en parte el problema de que el fiscal haya presentado su caso primero, generando ya una disposición mental en el tribunal.

Por otro lado, un problema adicional que acarrea esta entrada es la imposibilidad de que cada una de nuestras preguntas asuma la información contenida por la anterior, precisamente porque la respuesta del testigo fue negativa -luego, si la pregunta siguiente asume dicha información, está tergiversando la prueba y es objetable por la contraparte. Por esta razón, este tipo de contraexamen se limita a los hechos mismos, y no admite en general adentrarse en los detalles. Así, por ejemplo, preguntar a Inés -una vez que ella ha negado haber hablado de sexo con Navarro- qué es lo que exactamente respondió él cuando ella se le insinuó, supondría hechos que no están acreditados -hechos fuera de la prueba-, ameritando esto una objeción de nuestra contraparte.

10.9 Ir "de pesca"

Con demasiada frecuencia se ve a los litigantes ir de pesca tanto en el examen como en el contraexamen de testigos; no sé que me va a responder, pero, como en la pesca, tiro el anzuelo "a ver si algo pica".

La regla a este respecto es casi absoluta: ir de pesca casi nunca es una opción. Especialmente en el contraexamen, cuando el abogado pregunta lo hace para superponer otra versión de la historia al testimonio que ya prestó el testigo; por lo tanto, ésta no es una instancia de investigación. Para hacer un contraexamen efectivo, el abogado tiene que haber hecho su trabajo de investigación antes del juicio; cuando vengo al juicio a contraexaminar, conozco las respuestas, ¡o no hago las preguntas!

Esto es particularmente cierto en el caso del contraexamen cuando se trata con un testigo hostil con el cual, muchas veces, no he tenido ninguna posibilidad de entrevistarme previamente. En este escenario, ir a pescar es puro riesgo; y aunque la litigación impone riesgos que cada litigante debe evaluar, y eventualmente correr, cuando se va de pesca se apuesta exclusivamente por la suerte; y toda la idea de profesionalización del método consiste, precisamente, en trabajar sin consideración de la suerte y en no correr sino riesgos calculados.

Si el litigante no tiene elementos para trabajar en el contraexamen y lo único que queda es salir a pescar, tal vez haya que preguntarse si realmente desea contraexaminar.

Con todo, si finalmente se decide salir a pescar, hay que evitar repetir el examen directo. Se debe poner atención a los temas que la contraparte evitó, pues es posible que ello se deba a que, en la preparación, el testigo le dio al abogado respuestas inconsistentes, o no pudo retener los detalles necesarios para dar credibilidad a su historia. Se debe evitar a toda costa los ataques frontales al testigo, pues no habrá una vía para refutar su afirmación absoluta del hecho y, en consecuencia, el control del contraexamen quedará en sus manos y no en las nuestras.

V. Objeciones

Límites en la Posibilidad de examinar y contraexaminar Testigos y Peritos



1. Introducción

En los capítulos anteriores hemos tenido la posibilidad de estudiar los principales aspectos a considerar en la estructuración de una teoría del caso y en la ejecución del examen directo y del contraexamen. El presente capítulo tiene por objeto complementar los anteriores, revisando los límites que tienen las partes en sus facultades de ejecución de estas actividades respecto al tipo de preguntas que pueden formular. A este tema le llamamos objeciones.

En estricto rigor, el mecanismo de las objeciones es la manera en la que las partes en juicio pueden manifestar su disconformidad con cualquier actividad de la contraparte que pueda afectar sus derechos o poner en riesgo la vigencia de las reglas que rigen el desarrollo del juicio oral. En este sentido, entendemos por objeciones aquellos problemas o cuestiones que en el contexto de los sistemas inquisitivos escritos llamaríamos incidentes. Las objeciones son incidentes, pero que, al presentarse en el contexto de un juicio oral, presentan un formato mucho más desformalizado, pues en el juicio oral están regidos simplemente por la lógica del debate. En este capítulo no analizaremos el problema de los incidentes en general, sino sólo los vinculados con las preguntas que hacen los litigantes en juicio. Como hemos ido mencionando previamente, los abogados no tienen absoluta libertad para preguntar cualquier cosa o de cualquier manera. Los Códigos procesales regularmente establecen algunas restricciones que, en caso de ser violadas, debieran generar un incidente –objeción- de la contraparte y una decisión inmediata del tribunal en cuanto a su admisión o rechazo.

En tanto las objeciones constituyen incidentes, ellas son una clara consecuencia de la idea de contradictoriedad que orienta a un juicio oral acusatorio. Esto es, la idea que la contraparte tiene derecho a intervenir en forma activa en la producción de prueba y a controlar que las actividades realizadas por su contendor sean hechas correctamente. En consecuencia, cada vez que una parte vaya más allá de lo que la ley autoriza en la formulación de preguntas, se hace posible que la contraparte objete e intente impedir que esa pregunta sea contestada por el testigo.

Antes de analizar las limitaciones que el Código establece en materia de preguntas para el examen directo y el contraexamen, es necesario destacar que el adecuado manejo de las objeciones es una de las cuestiones más complejas de controlar desde el punto de vista de las destrezas de litigación. En efecto, se trata de una habilidad que requiere operaciones de razonamiento y decisión estratégica en fracciones de segundo, y, a la vez, capacidad de respuesta inmediata, orientada a presentar y fundamentar la objeción ante el tribunal. Por estas razones, en contextos de sistemas adversariales más desarrollados, resulta común encontrar la afirmación que el realizar objeciones pertinentes y en un momento correcto constituye la habilidad más difícil de manejar para un litigante con poca experiencia[14].

Junto con esta dificultad propia que presentan las objeciones en cualquier sistema adversarial, debemos agregar otras dos dificultades que es posible encontrar en nuestro contexto. La primera de ellas es que las objeciones suponen un tipo de litigación que enfatiza fuertemente la contradictoriedad del debate, allí donde naturalmente ésta no ha sido ejercida con mucha fuerza en el sistema anterior a la reforma. Nuestro sistema procesal penal se ca-

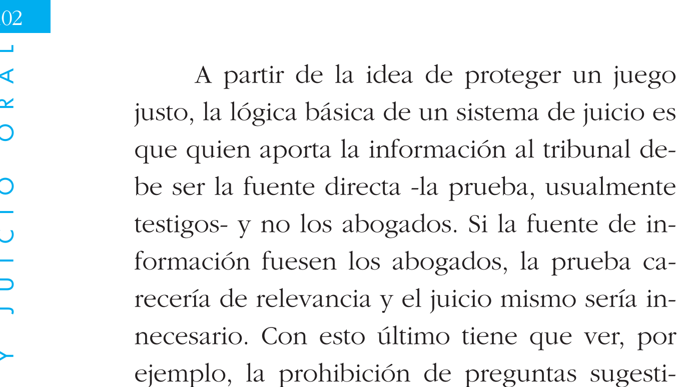
[14]En este sentido, por ejemplo, véase Mauet, Thomas. Fundamentals of Trial Techniques (Third Edition). EEUU: Little Brown and Company, 1993. 333.

racterizaba, fuertemente, por ser un sistema bastante unilateral. Las objeciones, en cambio, son las herramientas paradigmáticas por excelencia para la disputa bilateral en el juicio. Una segunda dificultad que es posible identificar en la materia es que, en este contexto de vertiginosidad, en las objeciones se expresa también paradigmáticamente la idea del razonamiento por "*estándares*" más que por "*reglas*"; esto quiere decir que la argumentación en torno a las objeciones está fuertemente determinada por las, muy heterogéneas y múltiples, circunstancias que rodean a la objeción y a esa porción del caso, así como por el conjunto de intereses que concurren en ella, considerada en concreto; de esta suerte, con frecuencia no se trata tanto de que haya una "regla clara" acerca de la procedencia de la pregunta, como del hecho de que dicha regla debe ser construida argumentativamente por las partes desde las circunstancias concretas. Esto, que es cotidiano en sistemas adversariales maduros, resulta extraño a culturas profesionales como la nuestra. Esta es la razón por la que, paradójicamente, la tercera dificultad consiste en que los nuevos Códigos procesales penales existentes en América Latina han regulado normativamente este tema en forma bastante pobre, es decir, casi sin reglas que orienten un trabajo fino de litigación por parte de los abogados. De esta forma, la fundamentación legal de una práctica intensa de objeciones no ha sido fácil en una cultura legal que sigue siendo eminentemente positivista.

2. Ideas fuerza detrás de los límites en las facultades de preguntar

Una primera pregunta relevante de formularse en la materia que estamos revisando se refiere al porqué existen limitaciones para las partes en sus facultades de preguntar en el contexto de un sistema acusatorio. Alguien podría sostener que un sistema acusatorio es aquél que hace descansar la producción de evidencia en las partes y, como consecuencia de lo mismo, debiera darse plena libertad a las mismas para la producción de información y obtención de testimonios en el juicio.

Si bien esta idea parece adecuada como forma de comprender la lógica general del juicio oral, no resulta correcta desde el punto de vista que estamos analizando. El hecho de que las partes tengan un rol importante en la producción de información no significa que en esa función no deban estar sujetas a ciertos límites que impidan algunos problemas o defectos que cualquier sistema intenta evitar. El método adversarial deposita su confianza en que la competencia entre las partes –la contradictoriedad de la prueba- proveerá al juzgador de más información y de mejor calidad, pues entrega a quien tiene más incentivos para ello (la contraparte) el rol de develar cada debilidad, vacío, falsedad, tergiversación, exageración, matiz o interpretación alternativa de cada trozo de información que ingresa al juicio. Desde este punto de vista, se ha dicho, el juicio oral se erige como un cotejo de control de calidad de la información con arreglo a la cual se va a juzgar. Las justificación de las objeciones es en parte una extensión y en parte una limitación de esta misma lógica: de una parte, hay cierto tipo de preguntas que, debido al modo en que están hechas o la respuesta que requieren del testigo, deterioran la calidad de la información; de otra parte, para que el método competitivo del sistema adversarial cumpla su función, debe protegerse un cierto entorno de juego justo para ambas partes. Ese juego justo debe ser protegido con reglas concretas de litigación o límites a la litigación. En el ámbito de la protección del juego justo parece legítimo que el sistema imponga límites que, desde el punto de vista de los litigantes, impliquen que éstos no estén facultados para hacer cualquier cosa en juicio.



A partir de la idea de proteger un juego justo, la lógica básica de un sistema de juicio es que quien aporta la información al tribunal debe ser la fuente directa -la prueba, usualmente testigos- y no los abogados. Si la fuente de información fuesen los abogados, la prueba carecería de relevancia y el juicio mismo sería innecesario. Con esto último tiene que ver, por ejemplo, la prohibición de preguntas sugestivas en el examen directo.

Una segunda cuestión básica que un sistema de juicio oral debe proteger es que la información que emane del testigo no sea consecuencia de errores o de la confusión de éste acerca de qué es lo que se le está preguntando. El sistema debe tomar decisiones tremendamente relevantes y significativas para la vida de las personas (acerca de su libertad, propiedad, intimidad, entre otros valores muy importantes) y por ello no se puede dar el lujo de que sus decisiones sean inspiradas en información de dudosa calidad. Si el sistema se toma en serio su función, no debe admitir que los defectos de litigación de las partes generen información de mala calidad, mucho menos si la confusión o el error es generado deliberadamente por los abogados. Con esto tiene que ver, por ejemplo, la prohibición de preguntas engañosas, vagas o confusas.

De otra parte, también es posible identificar ciertos valores asociados más directamente al adecuado funcionamiento del sistema y pensados para lograr la confianza en el mismo. Así, un valor central en esta dirección es que los testigos que comparezcan al juicio no se vean expuestos gratuitamente a un tratamiento denigrante, ofensivo u hostil. El sistema debe generar confianza en la gente que comparece a declarar y dicha ciudadanía debe tener la razonable expectativa de que el juicio será una instancia en donde serán tratados de conformidad con la dignidad y el respeto que se merece cada persona. Por lo mismo, a los abogados no les estará permitido hacer cualquier cosa con los testigos.

En este contexto, el objetivo final de las objeciones es el de proteger la lógica que se encuentra detrás de la estructuración del juicio oral y las cuestiones básicas que hemos revisado en los párrafos anteriores. Ellas no excluyen otros valores posibles de identificar y que justifican las más variadas objeciones. Con todo, representan el núcleo duro de cuestiones que han sido recogidas por nuestro Código y que revisaremos con mayor detalle en este capítulo.

En conclusión, por vía de las objeciones impediremos que los abogados sean quienes introduzcan información al juicio, que así se produzca información errónea o basada en la confusión y, finalmente, que se hostigue sin justificación a los testigos. Como indicábamos, estos valores darán pié a diversas objeciones. Antes de revisar en detalle cada una, detengámonos por un momento en el análisis de la regulación normativa del Código Procesal Penal en la materia.

3. Limitaciones en las facultades de preguntar contenidas en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano

El nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, a diferencia de otros varios de América Latina, reconoce expresamente la facultad que tienen las partes en juicio para objetar preguntas de la contraparte. Así, el artículo 136, en su inciso final, señala: “Cualquiera de las partes puede objetar una pregunta y el Presidente del Tribunal quedará obligado a calificarla para que el testigo la conteste o se abstenga de hacerlo”.

Esta norma es doblemente importante, no sólo debido a que regula normativamente las objeciones, sino que también porque establece

la obligación, para presidente del tribunal, de resolverlas y ello siempre con anterioridad al momento en el que el testigo conteste dichas preguntas. Esto proporciona las bases centrales sobre las cuales es posible construir un procedimiento para la formulación de objeciones en juicio, el que revisaremos con más detalle posteriormente.

Junto con lo anterior, según se ha tenido oportunidad de mencionar previamente en estos materiales, el Código también regula las principales limitaciones de las partes en materia de las preguntas que pueden formular a los testigos y peritos. Esta regulación se encuentra contenida en los artículos 136, inciso 5, y 294, inciso final del Código de Procedimiento Penal. En ambos artículos se regula una regla que puede ser formulada de la siguiente manera: "No se pueden formular al testigo o perito preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes".

Como se puede apreciar, el Código establece tres categorías de restricciones sin especificar si ellas son generales o si sólo son válidas para el examen directo o el contraexamen. Junto con esto, el Código establece en el artículo 289 el deber del presidente del tribunal de cuidar que las preguntas formuladas por las partes sean legales, es decir, que no se encuadren dentro de algunas de las categorías anteriores que no son permitidas. A continuación, revisaremos estas tres categorías por separado para ver con cuidado sus alcances y contenidos.

4. Tipos de preguntas objetables en el nuevo sistema procesal penal

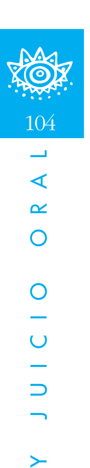
En seguida, revisaremos con detalle las preguntas objetables reguladas expresamente en el Código Procesal Penal. Junto con ello, propondremos algunas categorías de objeciones que nos parece posible plantear en nuestro sistema procesal penal, categorías que, si bien no están explícitamente contenidas en las reglas revisadas, se pueden deducir de ellas o constituyen una extensión lógica de las mismas.

4.1 Preguntas sugestivas

Una primera categoría de preguntas prohibidas por el Código son las preguntas sugestivas. Ya hemos tenido oportunidad de discutir el significado de las mismas y los alcances que tiene la prohibición, tanto tratándose del examen directo como del contraexamen de testigos. Así, hemos señalado que la regla de prohibición sólo es aplicable al examen directo, ya que, en ese caso, admitirla sería autorizar que quien incorpore la información relevante al juicio sea el abogado que realiza el examen directo y no el testigo.

Sólo para efectos de mantener la información fresca en nuestra memoria, vale la pena recordar el sentido o alcance que tiene una pregunta sugestiva. Una pregunta es sugestiva cuando la misma sugiere o fuerza el contenido de la respuesta.

Sin reiterar lo que ya hemos señalado a propósito de estas preguntas en capítulos anteriores, nos parece que también resulta claro el porqué este tipo de preguntas debe ser prohibido en el examen directo, pues ellas implican que quien declara en definitiva es el abogado, poniendo las palabras en la boca de su propio testigo; un testigo por lo general amigable con su caso, que será proclive, en consecuencia, a aceptar la formulación de la realidad que el abogado sugiere, aun cuando tal vez él mismo no la habría formulado de esa manera de no deberse a la sugerencia del abogado. La situación es diferente tratándose del contraexamen. En el contraexamen el abogado se enfrenta a un testigo hostil, que siempre tiene la posibilidad (incluso, normalmente, que intentará) ne-



gar la información que le presenta el abogado. Por lo mismo, por muy sugestiva que sea la pregunta, el testigo siempre estará en condiciones de -y estará dispuesto a- contestar en un sentido diferente al preguntado, o a negar directamente la sugerencia del contraexaminador. En consecuencia, como hemos visto, cuando el legislador quiere impedir las preguntas sugestivas, se está refiriendo al caso del examen directo y no al contraexamen, pues la finalidad que se pretende evitar con la prohibición de preguntas sugestivas se cumple sólo en el primer caso.

La regla de prohibición de la pregunta sugestiva en el examen directo, en consecuencia, fue diseñada para servir a este propósito. A partir de dicha función, entonces, es posible construir algunos matices y excepciones:

4.1.1. *Preguntas preliminares.* Tratándose de cuestiones preliminares o introductorias de la declaración de los testigos y peritos, el tribunal debe tener mayor flexibilidad en la materia. Entendemos por cuestiones preliminares o introductorias aquellas que no constituyen aquel tipo de información substancial respecto de la cual el abogado querría "poner las palabras en la boca del testigo". Pensemos por ejemplo en el policía que concurrió al sitio del suceso; ¿es objetable la pregunta: "concurrió usted a tal dirección en la madrugada de tal fecha? ¿Es ésta una cuestión sobre la cual un abogado intentaría poner "las palabras en la boca del testigo"? Nosotros diríamos que probablemente no, puesto que , todavía si la respuesta del policía es "sí", va a tener que contarnos un millón de detalles acerca de dicha diligencia. El abogado no está "burlando" al sistema, simplemente está llegando rápido a la parte del relato en la cual en verdad nos interesa obtener la información del propio testigo. En este sentido, en las preguntas preliminares el "valor agregado" de la información espontánea del testigo es mínimo, medido en contra de razones de economía procesal de mayor peso. En este tipo de situaciones, los problemas que la prohibición de las preguntas sugestivas intenta evitar no se producen y, en cambio, el tener mayor flexibilidad puede traducirse en un juicio más ágil y expedito. En consecuencia, en materias preliminares debe existir cierta flexibilidad de la regla en análisis. A su turno, qué pregunta es preliminar y qué pregunta se adentra ya en información substancial no es una cuestión abstracta, sino que depende también del grado de controversia que haya sobre la información en cuestión.

4.1.2. *Sugestividad irrelevante.* El problema de que el abogado "ponga las palabras en la boca del testigo" es que, de esa manera, es el abogado quien está formulando la realidad de un modo ventajoso para su caso, allí donde el testigo tal vez no la formularía espontáneamente de dicha manera. Cuando la respuesta a la pregunta no admite más que una sola formulación de la realidad, la sugestividad se torna irrelevante. De vuelta, el valor agregado de la pregunta no sugestiva es mínimo o ninguno. Esto configura otra hipótesis en las que se debe tener mayor flexibilidad con la admisión de preguntas "técnicamente" sugestivas. Así por ejemplo, la pregunta "¿es usted la madre del imputado? trata de una información que sólo admite una formulación de la realidad; es decir, de cualquier forma en que se hubiese formulado dicha pregunta, siempre hubiese sido respondida unívocamente por el testigo. En estos casos, por tanto, el valor agregado de la prohibición no se justifica frente a la ganancia en celeridad.

En ambos, entonces, el tribunal debe estar en condiciones de tolerar o tener más flexibilidad con la admisión de la pregunta. La principal razón es que una pregunta sugestiva inocua, como ocurre en los dos casos que hemos visto, que además no afecta ningún valor del

sistema, permite trabajar con mayor rapidez y eficiencia. Sólo cuando hay valores comprometidos detrás de la mala formulación de una pregunta es relevante impedirla. Fuera de esos casos, pareciera que el valor que debe primar es el de permitir que la dinámica de la audiencia no se interrumpa por cuestiones formales.

4.1.3. *"Testigo hostil".* Una situación distinta, en donde también es necesario flexibilizar la regla en estudio, se produce tratándose de la institución de los "testigos hostiles". Ésta es una institución clásica en los sistemas adversariales más desarrollados, aunque no contemplada expresamente en nuestro Código. Sin embargo, creemos que ella debe ser construida desde la comprensión de la lógica a la que obedece la prohibición de las preguntas sugestivas en el examen directo y su permisión en el contraexamen. La institución pretende responder al problema de los testigos que una parte necesita llamar a declarar, pero que son hostiles a su teoría del caso. Técnicamente, la parte que los llama como testigos debe hacer el examen directo y por lo tanto no dispone de preguntas sugestivas, pero lo que tiene ante sí es un testigo hostil que no está dispuesto a colaborar, y mucho menos a formular la realidad contenida en la teoría del caso de la parte que la presenta. Supongamos que el fiscal necesita citar a juicio a un amigo del acusado, quien lo vio la noche del homicidio manchado enteramente de sangre y quemando las ropas en la chimenea. Es posible que el amigo pueda no estar dispuesto a colaborar con el fiscal en el examen directo, pues sabe que dicha información es altamente incriminatoria. En esta situación, pese a que el fiscal deberá llamarlo a declarar -la Defensa no tiene ninguna intención de citarlo- la situación en realidad se parece más a un contraexamen que a un examen directo. Por eso mismo, en ese tipo de situaciones es imprescindible darle al litigante la posibilidad de utilizar preguntas sugestivas, si es que se quiere obtener la información que este testigo tiene. Una de los probabilidades es que el amigo, sin necesariamente incurrir en falso testimonio, hará todo lo posible por ocultar, tergiversar, minimizar, o relativizar la información que posee, eludiendo al máximo las preguntas del abogado. Tal vez, simplemente, "no recordará". Si el litigante sólo cuenta con preguntas abiertas, obtener la información del testigo se hace imposible. A su turno, como se trata de un testigo hostil, éste siempre estará en condiciones de negar las proposiciones de quien hace el examen directo y, de esta manera, el valor que protege la prohibición de formular preguntas sugestivas no se pone en riesgo.

4.1.4. *Sugestivas para negación.*

La pregunta es sugestiva cuando contiene su propia respuesta. Si la respuesta esperada, en cambio, es la negación del contenido de la pregunta, la pregunta no es sugestiva aun cuando en su estructura lo parezca. Así, por ejemplo, si le preguntamos en un examen directo al policía: "¿hubo algún momento en que usted le haya dicho al acusado 'si no confiesas vamos a detener a tu señora'?"; esta pregunta tiene un formato altamente sugestivo: la pregunta incluso sugiere las palabras que habría supuestamente pronunciado el testigo. Pero la respuesta esperada por el fiscal en este caso es "no". En consecuencia, no está "poniendo las palabras en la boca del testigo", sino todo lo contrario: quiere que el testigo niegue la formulación de la realidad que el abogado esta haciendo. La pregunta, en consecuencia, no es sugestiva.

4.1.5. *No hay otra manera de preguntar.* Por último, hay preguntas que simplemente no es posible hacerlas sino sugestivamente. Supongamos, por ejemplo, que el abogado quiere preguntarle al acusado si tiene entrenamien-



to en el uso de armas. Supongamos que no es una cuestión preliminar (es relevante, por ejemplo, para excluir la culpa o para configurar la legítima defensa). Se trata de una pregunta sugestiva. Pero, aunque sea substancial, tal vez aun así no se trate de que el abogado "está tratando de poner las palabras en la boca del testigo", sino simplemente que no hay otra forma de preguntarlo, salvo que lo obliguen a hacer un enorme rodeo por vía de preguntas abiertas. En nuestra opinión, entonces, el juez debe evaluar esto también para flexibilizar la prohibición de las preguntas sugestivas.

4.2 *Preguntas capciosas o engañosas*

En la literatura procesal más tradicional de América Latina no es común encontrar un tratamiento doctrinario detallado ni construcciones jurisprudenciales sobre el significado de las preguntas capciosas, no obstante, se trata de una limitación al examen de testigos que se encuentra presente en los Códigos anteriores a la reforma e incluso en la legislación procesal civil. Lo mismo ocurre en nuestro país. La prohibición de la capciosidad no es algo nuevo en nuestra legislación, pero con anterioridad a la reforma su tratamiento doctrinal ha sido bastante pobre. Probablemente esto tenga que ver con un punto que marcábamos al inicio de este capítulo: la inexistencia de un sistema adversarial en donde existe genuina contradictoriedad entre partes ha hecho que las objeciones hayan sido un tema de menor importancia práctica y, en consecuencia, doctrinal. A esta circunstancia obedece el cambio de nomenclatura del Código, pretendiendo enviar una señal para su construcción jurisprudencial y dogmática.

No obstante las carencias apuntadas, es posible señalar que, en términos generales, las preguntas capciosas pueden ser entendidas como aquellas preguntas que debido a su elaboración inducen a error al sujeto que responde, favoreciendo de este modo a la parte que las formula. Esta formulación relativamente abstracta quedará más clara si revisamos un ejemplo: el testigo ocular del robo del banco declara que vio al acusado huir en un auto que describe. El defensor, en contraexamen, le presenta un comjunto de varias fotografías de autos similares y le pide que señale cuál de ellos es el auto involucrado. La pregunta precisa es "¿Cuál de estos autos es el que usted reconoce como aquél en que, según dice, vio huir a mi cliente?". El auto supuestamente involucrado no está en dicho conjunto. En este caso, sin embargo, la pregunta le sugiere al testigo que "uno de ellos es". La pregunta pone al testigo ante la necesidad de tener que forzar la identificación, sin incorporar en la pregunta el factor de que "también es una posibilidad que no sea ninguno de éstos". El testigo no cuenta con que el abogado pueda estar "jugando sucio" y, en consecuencia, su proceso mental tal vez corra en el tono de "¡cáspitas!, la verdad, no me parece que ninguno de éstos sea, pero, en fin, si abogado dice que uno de éstos es, tengo que esforzarme por ver cuál se parece más al recuerdo que tengo del auto... después de todo, tal vez algunos detalles se me puedan haber escapado..."

Cuando el abogado, luego de que el testigo señala uno de los autos, le salta a la yugular diciendo algo así como "¡Ahá! El testigo reconoce uno de los autos, pero en verdad el auto no está aquí!", uno podría creer que estamos en presencia de una conclusión de muy baja calidad -"el testigo no es creíble". Probablemente, si hubiéramos puesto al testigo en una situación más leal -"díganos si es uno de estos autos, aunque una posibilidad es que no sea ninguno de éstos"-, la respuesta de éste habría sido muy otra.

La prohibición de realizar preguntas capciosas es absoluta para cualquier actuación en el desarrollo del juicio oral. En el contexto del ejemplo resulta relativamente claro el porqué

ellas son prohibidas tanto para el examen como para el contraexamen de un testigo o perito -sin perjuicio de que evidentemente será en el contraexamen cuando normalmente el abogado intentará utilizarlas como herramienta en contra de un testigo que lo perjudica o que le resulta hostil. La razón es que las preguntas capciosas producen información de baja calidad por parte del testigo, información fundamentalmente proveniente de su error o confusión derivada de una formulación de la pregunta orientada a crear dicho error o confusión. Como se trata de información de baja calidad, el sistema no considera razonable admitir que se formulen preguntas de esta naturaleza. De otra parte, el sistema tampoco quiere dar señales ambiguas a los testigos en términos de que podrán ser engañados en el juicio oral para prestar declaraciones sobre cuestiones que no creen o no están dispuestos a declarar.

Como veremos en algunos momentos más, uno de los asuntos más complejos en la objeción de preguntas capciosas es que la capciosidad de una pregunta representa un género dentro de un conjunto muy abierto de modalidades o formatos en los que se puede manifestar. Esta característica dificultará que identifiquemos una determinada pregunta como capciosa y, en consecuencia, nuestra función de objetarla oportunamente en juicio.

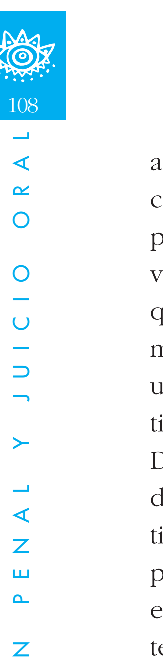
4.3 Preguntas destinadas a coaccionar ilegítimamente

Una tercera categoría de objeciones son las preguntas destinadas a coaccionar ilegítimamente a los testigos, a los peritos o al imputado. ¿Qué quiere decir la expresión coacción "ilegítima"? En nuestra opinión es claro que se refiriere a situaciones relativamente excepcionales en las que existe un hostigamiento o presión abusiva sobre la persona del testigo, y esto coarta de manera significativa su libertad para formular sus respuestas.

Por otra parte, también es claro que existen coacciones legítimas. De hecho, las preguntas sugestivas –herramientas esenciales del contraexamen-, sin lugar a dudas, tienen un efecto al limitar la plena libertad del testigo al momento de responder.

En este contexto, esta objeción está pensada como una herramienta para evitar el abuso y así evitar que la comparecencia a juicio se transforme en una instancia de humillación para las personas sin justificación alguna. El gran desafío para los tribunales será el ponderar cuándo se cruza la delgada línea entre un examen directo, o contraexamen, agresivo o coaccionador, pero legítimo, y un caso de coacción ilegítima. Nos parece que, salvo casos relativamente obvios, resulta difícil proponer una regla muy específica para realizar tal ejercicio.

Nos interesa destacar, en cambio, el hecho de que una cierta línea de examen o pregunta -incluso tono- sea "abusivo", empero, no es una cuestión abstracta, y depende de factores como quién es el testigo que se está examinando, cuál es el desarrollo del testimonio, qué es lo que está en juego y cuál es el aporte específico del testigo respectivo. No es lo mismo si el testigo es un niño que un adulto; si es la víctima o un tercero; no es lo mismo si el testigo parece estar mintiendo y su testimonio puede enviar a una persona a la cárcel; no es lo mismo si lo que se juega es una violación o un hurto menor; la cárcel o sólo una multa. Como en todas las objeciones, se trata de la ponderación de los diversos factores e intereses concretos. En este sentido, si lo que pretende proteger la prohibición de la "coacción ilegítima" es fundamentalmente el entorno del juicio en tanto instancia de comparecencia ciudadana, la aceptación de que existe cierta "coacción legítima" contrapone la idea de que un juicio penal es una cuestión muy grave, y la información debe ser rigurosamente cotejada. Esto es



así incluso en los casos en los que la prohibición de coacción parece más obvia: pensemos, por ejemplo, en una mujer, supuesta víctima de violación. El sistema tiene máximo interés en que declare y en que no sea doblemente victimizada por el juicio. Pero, y si la violación es un delito muy grave, igual o mayor gravedad tiene acusar falsamente a alguien de violación. De esta suerte, si bien en principio, sobre el defensor que está contraexaminando a esta víctima, regirá una versión bastante rigurosa de la prohibición de coacción, en la medida en que el contraexamen empiece a develar inconsistencias que hagan al tribunal "oler" que tal vez la víctima esté mintiendo, quizás ese tribunal ya no esté tan dispuesto para impedir al abogado defensor que vaya endureciendo su contraexamen.

4.4 Preguntas formuladas en términos poco claros, preguntas confusas, ambiguas o vagas

Las preguntas formuladas en términos poco claros pueden ser divididas en tres categorías específicas: preguntas confusas, preguntas ambiguas y preguntas vagas. En conjunto pueden ser entendidas como aquéllas preguntas que debido a su defectuosa formulación no permiten comprender al testigo con claridad cuál es el tema que efectivamente indagan. La confusión se da por lo complejo o poco claro de la formulación. La ambigüedad se da por el hecho de que la pregunta puede sugerir distintas cuestiones que se intentan indagar. Finalmente, la vaguedad se puede dar por la amplitud o falta de claridad en la pregunta.

En estas tres hipótesis, lo que se pretende evitar es que el testigo cometa errores en su declaración de los hechos que conoce, derivado esto de la mala formulación de una pregunta, ya sea porque no se entiende lo que se pregunta, porque lo que se pregunta no es claro o porque la respuesta requerida puede dirigirse en un sentido muy abierto. Dos observaciones respecto de ellas. La lógica detrás de su prohibición es evidentemente la de evitar introducir información de baja calidad al juicio, no porque el testigo necesariamente posea información de ese tipo, sino que por quien intenta obtenerla no lo hace en forma correcta. En segundo término, es posible apreciar que este tipo de preguntas corresponde a una categoría específica del género "capciosidad", en consecuencia, aún cuando el Código no las hubiere regulado, sería posible formular una objeción a las mismas fundándose en el carácter capcioso de ellas.

4.5 Preguntas impertinentes o irrelevantes

Finalmente, la última categoría de preguntas que expresamente prohíbe el Código se refiere a las preguntas impertinentes o irrelevantes. Estas preguntas son aquellas que intentan obtener del testigo información que no tiene una relación substancial con los hechos que son objeto de prueba, es decir, que no resultan relevantes para decidir el asunto que se encuentra bajo la decisión del tribunal. Un estándar más fino para describirlas es hacerlo en relación con las teorías del caso de las partes. Una pregunta impertinente o irrelevante lo será en la medida que no avanza desde un punto de vista lógico la teoría del caso de alguna de las partes. No se trata aquí de juzgar si las teorías del caso son buenas o malas: si la pregunta avanza la teoría del caso aunque sea mínimamente, por absurda que sea, es relevante y debe ser admitida en el juicio. La pregunta para el tribunal, en consecuencia, no es una pregunta de mérito, sino una de lógica formal: no se trata de si el tribunal habría litigado la teoría del caso que propone el abogado, o si lo habría hecho buscando esta específica información. La

pregunta, en cambio, es: la respuesta perseguida ¿hace más o menos probable alguna de las teorías del caso en competencia? Si la respuesta es afirmativa, la pregunta es relevante.

Resulta difícil dar un ejemplo en abstracto de preguntas impertinentes o irrelevantes ya que, como señalamos, el parámetro básico para medir impertinencia o irrelevancia es la o las teorías del caso concretas que se discutan en un juicio. En esto el tribunal debe ser muy cuidadoso al decidir y, por lo tanto, la duda beneficia a alguna parte. Esto porque son las partes las que saben en qué sentido la información que están preguntando es útil para el desarrollo de su teoría del caso, y las que están poniendo en juego su trabajo profesional en torno al caso.

Sobre la base anterior, también resulta más o menos evidente porqué este tipo de preguntas deben ser prohibidas tanto en el examen directo como en el contraexamen: el juicio oral es una institución compleja de organizar y muy costosa, el sistema no puede desgastar sus escasos recursos en la producción de información que no es relevante para resolver los conflictos que son llevados a este mecanismo de decisión de controversias.

4.6 Otras Objeciones Posibles

La idea de proteger la calidad de información ofrecida por el testigo en el juicio y proteger el entorno de juego justo para las partes lleva a múltiples manifestaciones específicas, a partir de las cuales es posible desarrollar muchas otras causales de objeción. Hay aquí un espacio vasto para un desarrollo jurisprudencial del sistema que, sobre la base de normas generales como las que ya hemos revisado, pueda establecer nuevas causales para objetar. Esto es lo que ocurre en países con mayor experiencia adversarial, como lo es por ejemplo Estados Unidos, en donde el listado de objeciones posibles en juicio es mucho mayor.[15]

Creemos que una de las fuentes normativas que puede ser más rica en la generación de nuevas y más específicas causales de objeción para las preguntas de abogados es la cláusula genérica que impide formular preguntas capciosas en los exámenes y contraexámenes. Se trata, como hemos dicho, de una causal genérica en cuyo "regazo" es posible identificar múltiples manifestaciones. Seguidamente, revisaremos algunas causales de objeción posibles que han sido desarrolladas en sistemas comparados de justicia criminal e intentaremos ofrecer una interpretación que las permita ubicar en alguno de los casos descritos por el Código de Procedimiento Penal.

***4.6.1** Preguntas por opiniones o conclusiones.* La regla general es que el rol de los testigos legos es relatar hechos que percibieron directamente a través de sus sentidos, o bien hechos que pertenecen a su propio estado mental en un momento determinado. El testigo nos podrá decir lo que vio, lo que oyó, lo que palpó, lo que olió o lo que degustó. O bien, nos podrá decir que él estaba asustado, atento, nervioso o apurado. Este tipo de cosas son las que naturalmente un testigo declara en juicio. En este contexto, las opiniones o conclusiones a las que un testigo pudo haber arribado son, en general, irrelevantes para la decisión del caso, y suelen configurar información de baja calidad.

Las preguntas que persiguen del testigo una conclusión o una opinión son, en principio, inadmisibles, pues, en la medida en que los testigos son legos, dichas opiniones o con-

---

[15]Mauet, por ejemplo, se hace cargo de la descripción de 26 tipos de objeciones en materia de evidencia. Véase Mauet, Thomas. Fundamentals of Trial Techniques (Third Edition). EEUU: Little Brown and Company, 1993. 341-362.



clusiones son irrelevantes. Señalamos que esta limitación es "deprincipio", ya que, como siempre, hay excepciones.

En primer lugar, decíamos que una cuestión relevante para la prohibición de preguntas por opiniones o conclusiones es que se trate de testigos legos. La regla va perdiendo intensidad, entonces, mientras más experticia va a acreditando el testigo. La máxima expresión de esto es el caso de los peritos en el área de experticia que se acredite en juicio. Los peritos están eximidos de esta causal de objeción ya que ellos suelen ser convocados a declarar precisamente para ofrecer opiniones y conclusiones más que hechos. Por cierto, esto en la medida que el perito haya sido debidamente acreditado en las materias en donde surgen sus opiniones y conclusiones. Fuera del área de su experticia, los peritos se comportan igual que un testigo lego y, en consecuencia, tienen las mismas restricciones. Pero lo mismo puede ocurrir con testigos que en el juicio dan cuenta de cierta experticia, en el área de dicha experticia, y dentro de los límites de la idoneidad concreta que dicha experticia ofrezca. Pensemos, por ejemplo, en el Carabinero que practicó la detención. No es un perito ni fue convocado al juicio en esa calidad. Supongamos que el fiscal le pregunta: "en su opinión, el arma que encontró en poder del acusado, ¿había sido disparada recientemente?" (El policía responderá que sí, porque sintió el fuerte olor a pólvora en el arma.). Se trata de una pregunta por opinión o conclusión, sin embargo tal vez la experticia concreta del policía alcance para dar cuenta de dicha opinión o conclusión. Con el cuidado, que, como toda acreditación, se trata de la experiencia y conocimientos concretos de ese Carabinero. El hecho de ser un Carabinero, en abstracto, no necesariamente alcanza para algo. Esto depende de su manejo cotidiano de armas de fuego, de que las dispare con cierta frecuencia, tal vez de que tenga entrenamiento especial en la materia, etc.

Una segunda excepción a esta regla se refiere a opiniones o conclusiones que, por ser de sentido común –o pertenecer a las máximas de la experiencia-, podrían ser objeto de declaración por cualquier persona. Si éste es el caso, no se requiere ninguna experticia particular para dicha opinión o conclusión. No obstante, también es cierto que hay muy diversas maneras en las que la opinión o conclusión pueden formarse, y no todas ellas representan información de calidad suficiente como para ser relevantes en el juicio. Esta es la razón por la cual las reglas de evidencia de modelos comparados con frecuencia exigen, para aceptar la opinión de un testigo lego: *a) que la opinión o conclusión no requiera expertizaje (que sean estrictamente de sentido común); b) que se base en hechos directamente percibidos por el testigo; y c) que sea útil para la completa comprensión del relato del testigo*[16]. Supongamos, por ejemplo, que el acusado ha declarado que vio a la víctima venir hacia él, y que fue en ese momento cuando tomó el arma y le disparó. El abogado defensor le pregunta cuáles eran, en su opinión, las intenciones de la víctima cuando iba a su encuentro; el acusado responde que venía a enterrarle un cuchillo. Se trata de una opinión o conclusión, pero: *a) es una que no requiere expertizaje; b) está basada en hechos directamente percibidos por el acusado: "sacó un cuchillo a medida que avanzaba hacia mí", "me gritó que ahora iba a pagar por no haberle pagado lo que le debía", "tenía cara furibunda"; y c) la conclusión del acusado de que "venía a enterrarle el cuchillo" es útil para*

[16]Ver por ejemplo la regla 701 de las Reglas Federales de Evidencia, USA.

entender su relato en el sentido de que "no tuve más opción que dispararle".[17]

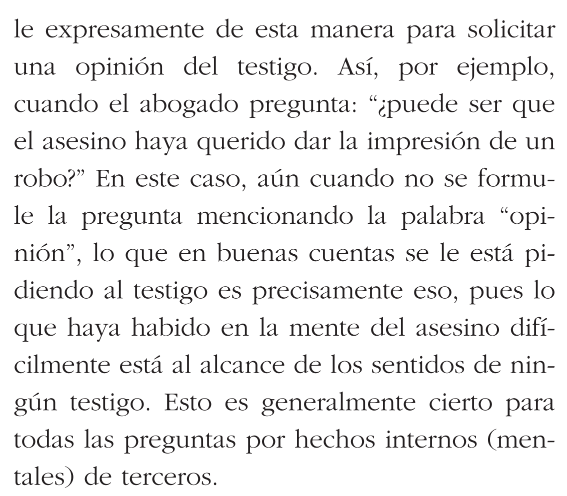
A su turno, cuidado con lo que entendemos por "sentido común" o "máximas de la experiencia", pues los abogados solemos pasar por correspondientes a tales afirmaciones que para nada pertenecen a dichos ámbitos. Supongamos, por ejemplo, que le preguntamos al policía que llegó al sitio del suceso de un choque entre dos automóviles cuál fue la causa de la muerte de uno de los conductores. En este caso, esta pregunta solicita del testigo una conclusión que no está en condiciones de ofrecer, desde luego debido a que el policía no presenció el accidente y, aun cuando lo hubiera presenciado, hay "causas de la muerte" que exceden al conocimiento del policía. Quizás el choque se produjo como consecuencia de un previo ataque al corazón que sufrió la víctima, y que fue justamente la causa de la muerte; tal vez ésta se produjo con posterioridad al choque como producto de la intervención de una tercera persona (por ejemplo, la mujer ansiosa de obtener su herencia que aprovechó la circunstancia); o bien, quizás la causa de la muerte no fue el golpe mismo, sino la epilepsia que sufría el conductor –detonada por un golpe que a otra persona sólo le habría producido una magulladura. La causa de la muerte en este caso, simplemente, escapa a toda posibilidad de conclusión por parte del Carabinero y no pertenece ni a su experticia ni al sentido común de ninguna manera concebible. Ello es así aun cuando el sentido común diga que hay "una buena probabilidad" de que haya sido el choque. "Una buena probabilidad" no basta para habilitar la posibilidad de que un testigo lego concluya desde el sentido común.

En nuestra opinión la principal causal normativa para fundamentar la objeción de la pregunta por opinión o conclusión es su impertinencia o irrelevancia. Como dijimos, lo que opine o concluya un lego en cuestiones fuera de su percepción no tienen ningún valor en el juicio oral en principio. La conclusión del policía en el caso que veíamos recién, simplemente, no avanza la teoría del caso de ninguna de las partes: si el policía cree que la causa de la muerte fue el accidente, ¿entonces qué? Y si no cree que fue el accidente, ¿entonces qué? Si la respuesta es "entonces nada" -como creemos que sería para este caso- la conclusión es irrelevante.

Algo muy similar ocurre tratándose de las preguntas que requieren del testigo lego una opinión. Por ejemplo, cuando el defensor le pregunta a su testigo: "¿cree usted que don Juan es capaz de cometer este delito?" Lo que crea el testigo respecto de esto es, en principio, irrelevante: Dios sabe por qué el testigo opina lo que opina acerca del acusado o de su capacidad para cometer este delito; desde las experiencias de su más tierna infancia hasta sus conversaciones sobre una película que vio sobre alguien parecido al acusado; desde la religión que lo inspira y su creencia en Satanás, hasta sus posturas antropológicas acerca del bien y del mal; desde J.J Benítez hasta Corín Tellado: las opiniones de la gente pueden provenir de las más diversas fuentes, múltiples, no necesariamente concientes, no siempre declaradas. En este sentido, la calidad de la información que contiene la opinión de un lego, no basada en su percepción directa, es imposible de cotejar y, por lo mismo, baja hasta la irrelevancia.

Nótese que una pregunta por opinión puede serlo sin que necesariamente se formu-

[17]En estados como California se ha considerado que dentro de las posibilidades del testigo está el declarar estimando cantidad, valor, peso, medida, tiempo, distancia y velocidad. También se ha considerado legítimo que puedan describir emociones como la rabia, el miedo, el entusiasmo, el amor, el odio, la lástima y el placer, entre otras cuestiones. Con más detalle sobre este punto, véase Miguel Méndez, "Prueba Pericial en Estados Unidos de Norteamérica", en La Prueba en el Nuevo proceso Penal Oral. Santiago: Lexis Nexis, 2003. 72.



le expresamente de esta manera para solicitar una opinión del testigo. Así, por ejemplo, cuando el abogado pregunta: "¿puede ser que el asesino haya querido dar la impresión de un robo?" En este caso, aún cuando no se formule la pregunta mencionando la palabra "opinión", lo que en buenas cuentas se le está pidiendo al testigo es precisamente eso, pues lo que haya habido en la mente del asesino difícilmente está al alcance de los sentidos de ningún testigo. Esto es generalmente cierto para todas las preguntas por hechos internos (mentales) de terceros.

El hecho de que las preguntas por opiniones o conclusiones sean en principio objetables no clausura la posibilidad para que el abogado litigante, si sabe lo que hace, pueda obtener la información relevante en la materia en la cual estaba solicitando, o querría solicitar, una opinión o conclusión. En la mayoría de los casos es perfectamente posible y legítimo solicitar al testigo que relate los hechos que den cuenta o permitan fundamentar la opinión o conclusión, y dejar que el sentido común de los jueces haga el resto, amén de nuestros alegatos finales. Veamos la sutil diferencia entre las dos preguntas que siguen:

Pregunta 1: "¿Hablaba en serio Pedro cuando hizo la amenaza?"

Pregunta 2: "¿Ocurrió algo que sugiriera que Pedro lo había amenazado en serio?"

La primera pregunta requiere del testigo una mera opinión. En efecto, el testigo puede responder "sí, hablaba en serio", información que está fuera del alcance de sus sentidos y no constituye un hecho. La segunda pregunta, en cambio, exige una respuesta del tipo "sí, al día siguiente compró una pistola". Eso sí es un hecho sobre el cual el testigo puede declarar.

Dos observaciones finales antes de pasar a una nueva categoría de objeciones. La primera es que el tribunal, al resolver una objeción de esta naturaleza, podría decidir que las opiniones o conclusiones de cierto testigo lego, por muy opiniones que sean, son relevantes. Los abogados tendrán que estar preparados para argumentar respecto de esa relevancia.

En segundo lugar, es necesario diferenciar entre: preguntas conclusivas o preguntas de opiniones y otro tipo de preguntas que recaen sobre hechos subjetivos propios, estas últimas sí resultan legítimas. Un hecho subjetivo propio se refiere al estado de ánimo o a los pensamientos del propio testigo en un momento determinado, como, por ejemplo, si el fiscal preguntara al testigo "¿Qué sintió al ver el cadáver?" Aquí el fiscal indaga sobre un hecho del testigo, se trata de un hecho subjetivo, no necesariamente exteriorizado, pero en el cual su testimonio es absolutamente idóneo. No es una opinión ya que se trata de un hecho propio que el testigo experimentó. La particularidad de este hecho es que es subjetivo, o sea, se produjo en la interioridad del propio testigo.

4.6.2 *Pregunta Repetitiva (preguntada y respondida)*

Tanto en el examen directo como en el contraexamen los abogados pueden tener razones ilegítimas para repetir una y otra vez la misma pregunta.

En el caso del examen directo, por ejemplo, puede buscarse intensificar con la repetición el valor emotivo o prejuicial de una información. Como, por ejemplo, cuando hemos ofrecido como prueba una nota del jefe a su subalterna, diciéndole que si quiere mantenerse en el trabajo no lo vuelva a rechazar sexualmente. La nota tiene sin duda valor probatorio, y es por eso que la ingresaremos como prueba –quizás, entre otras, a través del testimonio de la víctima- y la leeremos en el juicio. En principio ese valor probatorio parece quedar satis-

fecho con su exhibición, su lectura, y con el hecho de que los jueces van a disponer de ella al deliberar. La pregunta, "léala de nuevo, por favor", no agrega probatoriamente nada; sólo persigue su valor emocional o de prejuicio. En este sentido, la repetición es objetable.

En el contraexamen, a su turno, es relativamente frecuente que los abogados vuelvan una y otra vez, intercaladamente, sobre una misma porción de información respecto de la cuál el testigo ya declaró. Hacen esto esperando que el testigo, en algún momento, responda una de ellas en forma inconsistente respecto de las respuestas ofrecidas en el resto de las ocasiones.

Esta manera de formular preguntas no es legítima. Técnicamente debe asimilarse a una forma de pregunta capciosa y, en consecuencia, es objetable sobre la base de que ha sido ya una pregunta hecha y contestada en juicio. La capciosidad surge debido a que, en el fondo, lo que se pretende obtener con estas preguntas es que el testigo, en algún momento, y frente a la diversidad de preguntas orientadas a obtener la misma información, cometa un error y se contradiga con su declaración anterior. O la contraparte tiene como contraexaminar al testigo (por ejemplo, contrastando sus declaraciones actuales con declaraciones previas, cuestionando su credibilidad o confrontándolo con otras porciones de prueba), o lo debe dejar tranquilo; pero no puede tener al tribunal escuchando una docena de veces la misma pregunta y respuesta, esperando que la diosa fortuna, el cansancio o la confusión, hagan que el testigo eventualmente se equivoque.

Hay que tener cuidado, eso sí, con la regla en análisis. Para que la pregunta repetitiva pueda ser objeto de una objeción legítima debe tratarse de una pregunta repetitiva ya contestada. Si la pregunta ha sido formulada en varias ocasiones sin que el abogado haya obtenido respuesta del testigo, está en su legítimo derecho de formularla cuantas veces sea necesario para que el testigo responda la pregunta precisa que se le hizo. Veamos un ejemplo que grafica lo señalado:

P: Usted le dijo al Topo Gigio: "La próxima vez te voy a matar" ¿no es así?
R: El Topo Gigio me había amenazado de muerte el día anterior.
P: No le pregunté si el Topo Gigio lo había amenazado de muerte, sino si usted le dijo "la próxima vez te voy a matar"
R: En esas circunstancias uno no piensa lo que dice.
P: No le pregunté si en esas situaciones uno piensa lo que dice, le pido que responda la pregunta que sí le estoy haciendo:¿le dijo usted ese día al Topo Gigio. "la próxima vez te voy a matar"?

En el ejemplo, la pregunta se repite varias veces, pero no es este tipo de repetición la que amerita la objeción. La pregunta se formula tres veces, sin embargo en ninguna de ellas ha sido respondida por el testigo. La pregunta en cuestión puede ser respondida solamente de una de estas tres formas: "si", "no", o "no me acuerdo". La afirmación "el Topo Gigio me había amenazado de muerte el día anterior" no es una respuesta a la pregunta hecha.

Veamos ahora un ejemplo distinto. El Defensor, contraexaminando al testigo ocular, requiere:

P: ¿Cuál dijo era el motivo del tatuaje que dice haber visto en la espalda del sujeto?
R: Una ballena blanca.
P: Y usted dice, además, que se fue como a la 1:00 a.m.
R: Sí.
P: En ese mismo momento fue cuando usted vio por primera vez a la mujer de pelo rubio...
R: Sí, justo en ese momento.



P: *¿Y cuál nos dijo era el motivo del tatuaje?*
R: *Una ballena blanca*
P: *¿Y dónde estaba ese tatuaje?*
R: *En la espalda del sujeto.*
P: *Y. al momento de ver a la mujer rubia, usted dice que ella andaba en un automóvil marca BMW modelo deportivo...*
R: *Sí, por cierto muy llamativo...*
P: *El mismo auto en el que luego encontraron el cuerpo de don Ricardo...*
R: *Sí, el mismo.*
P: *Y el motivo del tatuaje ¿cuál era exactamente?...*
Fiscal: ¡Objeción! Repetitiva... Su señoría, la pregunta ya fue preguntada y respondida...

En este ejemplo, a diferencia del anterior, la pregunta por el tatuaje ha sido formulada varias veces y ha sido respondida en cada una por el testigo. En este contexto, su repetición intercalada entre otras preguntas no intenta sino hacer que el testigo pueda confundirse o equivocarse y responder algo distinto a lo ya dicho. Esto es lo que la causal de objeción debiera evitar.

Al igual que en los demás casos, hay que tener cuidado con transformar la objeción que analizamos en una regla absoluta, sin matices o excepciones. No basta la mera repetición para que proceda esta objeción. Frecuentemente, la construcción efectiva de un relato -tanto en el examen directo como en el contraexamen- requiere cierta repetición de información, a manera de engarzar las partes unas con otras, volver con más detalle sobre ciertos aspectos, o relacionar la información entre sí. A su turno, el contraexamen consiste precisamente en superponer otra versión de los hechos al relato presentado por el examen directo, y ello supone repetir temas o preguntas que ya han sido objeto de desarrollo en el examen directo. El contraexaminador tiene pleno derecho a organizar la información en el contraexamen del modo que quiera, incluyendo la reorganización de la información ofrecida en el examen directo. En consecuencia, en el contraexamen no hay objeción por repetitividad respecto del examen directo.

Los abogados tienen pleno derecho para poder construir su relato con efectividad, aún cuando ello pueda significar eventualmente repetir. Lo relevante es porqué estoy repitiendo: ¿porque quiero que el testigo "pise el palito", o porque quiero predisponer el prejuicio de los jueces más allá del valor probativo agregado de la repetición? En este caso corresponde la objeción. Pero, si la repetición efectivamente aporta para el mejor relato de la prueba o de la teoría del caso, entonces, eso agrega valor probatorio a dicha repetición. En este sentido, los jueces tienen que tener cierta flexibilidad con las partes para permitirles hacer su trabajo, pero a la vez cierta agudeza para evaluar el valor agregado de la repetición.

Supongamos, en el ejemplo que veníamos revisando, que el abogado vuelve a preguntar otro par de veces al testigo acerca del tatuaje y hace que éste lo describa con más detalle; quizás haya allí preguntas que se han hecho, pero también puede ser cierto que el abogado no está buscando el error o la confusión del testigo, sino mejorar la calidad de su relato o, por ejemplo en el contraexamen, hacerlo fijar con detalle su testimonio para luego confrontarlo con una declaración previa. En este caso, una cierta repetición está al servicio de un contraexamen en regla y no está siendo usada de mala fe por el abogado para la mera confusión del testigo. Los jueces entonces deberán ponderar con mucho criterio estos elementos para decidir la objeción.

4.6.3 *Pregunta que tergiversa la prueba*

Las preguntas que se realizan en un examen o contraexamen no son más que un ins-

trumento a través del cual se pretende introducir prueba en el juicio oral (el testimonio de una persona determinada). Las preguntas que formulan los abogados nunca constituyen prueba en sí mismas. Es por eso que cuando una pregunta asume como algo cierto hechos sobre los cuales no ha habido prueba en el juicio –o, habiendo prueba, ésta no se ajusta a la información contenida en la pregunta-, no debe permitirse su formulación ni menos que el testigo la conteste.

Como se puede apreciar, es posible establecer dos categorías distintas de preguntas que tergiversan la prueba. La primera se refiere a casos en los que la formulación de la pregunta cambia o altera la información que efectivamente ha incorporado al juicio la prueba respectiva; y la segunda cuando la pregunta incluye información que no ha sido objeto de prueba en el juicio.

Veamos un ejemplo de la primera modalidad de preguntas:

- ***Fiscal:*** *¿Podría explicarnos por qué estaba su huella digital en el arma hallada en el sitio del suceso?*
- ***Defensor:*** *¡Objeción!*
- ***Juez:*** *¿Fundamento?*
- ***Defensor:*** *Si la huella digital era o no de mí representado es precisamente la discusión en este caso.*
- ***Juez:*** *¿Señor fiscal?*
- ***Fiscal:*** *Señores jueces, escuchamos minutos atrás al perito Juan Manríquez quien señaló haber identificado una huella del señor Burna en el arma hallada en el lugar...*
- ***Defensor:*** *Señores jueces, lo que escuchamos a ese perito fue que para identificar una huella digital se requería de 14 puntos dactiloscópicos y que dichos 14 puntos no habían sido hallados en esa huella. No me parece justo que se le pida al testigo explicaciones sobre esto como si fuera una información cierta del juicio, la verdad es que se trata de una información cuestionada por el mismo perito que la presentó.*

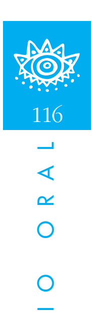
Según se puede observar en el ejemplo, la pregunta incorpora una versión de los hechos que no coincide exactamente con la prueba ofrecida. En este caso, el perito había señalado que no era posible afirmar con certeza la identificación de una huella del señor Burna; en tanto que, en su pregunta, el fiscal da esta identificación como un hecho probado en el caso.

Veamos ahora un ejemplo de pregunta que tergiversa la prueba en la segunda modalidad ya descrita:

- ***Fiscal:*** *¿Podría explicarnos por qué estaba su huella digital en el arma encontrada en el sitio del suceso?*
- ***Defensor:*** *¡Objeción!*
- ***Juez:*** *¿Base?*
- ***Defensor:*** *No hay ningún antecedente sobre huellas digitales en este caso.*
- ***Juez:*** *Cierto señor fiscal, no recuerdo que en este caso se haya mencionado prueba alguna vinculada a acreditar la existencia de huellas digitales.*
- ***Fiscal:*** *Eso es efectivo señor presidente, no hay ninguna.*
- ***Juez:*** *Ha lugar a la objeción. Cambie la pregunta señor fiscal.*

En este segundo ejemplo, se puede apreciar que el uso de información en la pregunta, que no ha sido objeto de prueba, vicia la pregunta y obliga al litigante a reformularla, cambiarla o abandonarla.

En ambos casos, de preguntas que tergiversan la prueba, nos parece que es posible realizar una identificación de las mismas con



las preguntas capciosas cuando son formuladas en el contraexamen. En efecto, ellas buscan que el testigo, producto del error que genera la información contenida en la pregunta, declare que no se adecua a la realidad del juicio. En cambio, cuando estas preguntas son formuladas en el examen directo, nos parece que ellas responden a la lógica de las preguntas sugestivas, en cuanto incorporan información inexistente sobre la cual medir la declaración del testigo. De esta forma, aún cuando las preguntas que tergiversan la prueba no tienen una regulación expresa en el Código, sí pueden ser objetadas recurriendo a las reglas de capciosidad y sugestividad.

4.6.4 Preguntas compuestas

Suele ocurrir que muchas veces una pregunta en realidad contiene más de una pregunta. En estos casos se habla de preguntas compuestas, es decir, preguntas que incorporan en su contenido varias afirmaciones, cada una de las cuales debe ser objeto de una pregunta independiente. Un ejemplo dejará en claro lo anterior:

P: *Y usted fue de vacaciones al Caribe luego de que le notificaron la quiebra...*

Si el testigo no ha declarado sobre alguna porción de esta información en forma previa, el abogado en realidad ha realizado varias preguntas completamente diferentes y autónomas entre sí (primera pregunta: "¿fue usted de vacaciones?"; segunda: "¿fue al Caribe?"; tercera: "¿lo notificaron de la quiebra?"; cuarta: "¿fue de vacaciones después de esa notificación?"). Es por esto mismo que en el caso de las preguntas compuestas lo que se hace en realidad es inducir al testigo en un error; pues por lo general se lo invita a responder, más bien, a la última pregunta contenida en la frase, pretendiendo que cuando responde lo está haciendo también respecto de todo el resto de la información. En el ejemplo, si el testigo responde "sí", entonces el abogado pretenderá que esa respuesta significa que sí fue de vacaciones, que sí fue al Caribe, que sí lo notificaron de la quiebra y que sí fue después de eso que hizo el viaje; sin embargo, no se dio al testigo la posibilidad de precisar con claridad a qué aspectos, de los diversos que fueron preguntados, efectivamente la respuesta era "sí". Esto es lo que precisamente se intenta evitar con las preguntas capciosas, por lo que estimamos que la base legal de objeción de una pregunta compuesta es su potencial capciosidad.

4.6.5 Otras preguntas objetables

El listado precedente es sólo un registro de algunas categorías de preguntas que podrían ser objetadas en el nuevo sistema procesal penal. Este listado no constituye una enumeración cerrada (podrían ser incluidas otras categorías de preguntas), sino que constituye un catálogo que, a modo ilustrativo, presenta algunos de los problemas que se producirán en la realización de los juicios, y que en definitiva se deberá resolver en la práctica y jurisprudencia que el sistema vaya generando a partir de su funcionamiento. Ya señalamos que, a este respecto, la experiencia de comparar sistemas con prácticas de litigación más maduras puede ser muy útil para identificar otras áreas problemáticas en la formulación de preguntas que afecten valores relevantes y que, en consecuencia, no debieren ser permitidas en juicio.

5. Aspectos procedimentales en la formulación, resolución y debate de las objeciones

Ya hemos señalado que, técnicamente, una objeción es un incidente. Debido a que se presenta en el contexto de una audiencia oral,

el formato de presentación del incidente-objeción se realiza a través de su manifestación oral en el mismo acto. Esto es, además, evidente a la luz del artículo 136, inciso final del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, que establece que el Presidente del tribunal debe calificar la objeción antes de la respuesta del testigo.

La "*objeción*" debe ser planteada tan pronto sea formulada la pregunta impugnada y antes de que comience la respuesta del respectivo testigo o perito. El momento determinante, por tanto, es una fracción de segundo que supone que el abogado esté absolutamente compenetrado con la labor que realiza su contraparte. Por lo mismo, la formulación de "objeciones" resulta una técnica sumamente difícil de adquirir sin una práctica forense intensa.

La fórmula en que debiera plantearse la "*objeción*" es algo que surgirá directamente de la práctica de abogados y jueces. Sin embargo, hay que tener presente que para que las objeciones tengan algún efecto práctico será necesario que el presidente del tribunal permita al abogado plantear su objeción antes de escuchar la respuesta del testigo. De lo contrario, el daño que se intenta evitar podría estar ya causado y ser irreparable.

La forma de expresar la objeción debe ser una manifestación oral breve que dé cuenta del problema, veamos algunos ejemplos:

Ejemplo Nº 1: *Objeción, pregunta capciosa.*

Ejemplo Nº 2: *Señor Presidente, objeción, pregunta sugestiva.*

Ejemplo Nº 3: *Objeción, señoría, pregunta repetitiva.*

Al formular la "*objeción*" se debe tener cuidado de no realizar un discurso, sino solamente manifestar la causal específica que se invoca. A no mucho andar en el sistema, los jueces tendrán más que claro el panorama de las objeciones y les bastarán enunciaciones generales como las de los ejemplos para entender con claridad la objeción concreta y su fundamento. Sólo si el tribunal lo pide, es necesario fundar con mayor precisión el motivo o razón por la cuál dicha pregunta o afirmación no está permitida. En esos casos, además, siempre debe darse a la contraparte la posibilidad de señalar su posición sobre el punto. Por ejemplo:

- ***Defensor:*** *Objeción, tergiversa la prueba.*
- ***Juez:*** *¿En qué sentido específicamente señor abogado?*
- ***Defensor:*** *Señor Presidente, ningún testigo ha dicho haber escuchado a mi cliente pronunciar las palabras "te voy a matar". El único testigo que se refirió a eso, la señora Marta, dijo haber visto un gesto, hecho con la mano, al cual ella le asignó una interpretación personal...*
- ***Juez:*** *¿Señor fiscal?*
- ***Fiscal:*** *Efectivamente señores Magistrados...*

Hay que tener presente que, en numerosas ocasiones, la presentación y el debate de las objeciones a viva voz en la sala de audiencias del juicio podría frustrar los objetivos que se intentan con su formulación. Así, por ejemplo, si el tribunal me pide que explique la sugestividad de la pregunta podría aportar información al caso que, al ser escuchada por todos, podría permitir al testigo responder sin necesidad de escuchar la pregunta. Por eso mismo, cada vez que un litigante se vea en la necesidad de fundamentar una objeción y crea que esa fundamentación pone en riesgo la posibilidad de que la objeción cumpla con sus fines, debe solicitarle al tribunal presentar sus argumentos acercándose ambas partes al estrado para evitar que terceros, y especialmente el testigo, conozcan esa información.

Como adelantábamos, una vez formulada la objeción, el tribunal podrá resolverla de inmediato (por ejemplo si se trata de una cuestión obvia) o podría dar pié a un debate con la contraparte. Nuestra sugerencia en la respuesta de las objeciones apunta a dos comentarios. El primero es que no es necesario pelear todas las objeciones, particularmente si mi contraparte tiene la razón. Hay muchos casos en los que la prudencia aconseja abandonar la pregunta hecha y reformularla de una manera que sea legítima, esto evitará que la declaración pierda dinámica y el tribunal pierda la información que estoy intentando mostrarle. Un segundo comentario es que, en los casos en que "decido pelear" una objeción, tampoco es necesario que ello se traduzca en un largo discurso. La defensa de mi pregunta puede perfectamente hacerse recurriendo a formulas sintéticas similares a los ejemplos proporcionados a propósito de su formulación.

6. La presentación de una objeción también es una decisión estratégica

La dificultad que envuelve el correcto manejo de las objeciones en el juicio no sólo emana del conocimiento técnico de las reglas que las regulan y de la habilidad del abogado para reaccionar en breves segundos frente a una pregunta mal formulada, sino también de la evaluación casi instantánea que se requiere realizar acerca de la conveniencia de plantear objeciones a las preguntas de la contraparte.

Como todo el resto de las actividades de litigación, las objeciones son esencialmente una decisión estratégica. Esto quiere decir que, como litigante, objetaré cada vez que una pregunta mal formulada puede dañar mi caso y no cada vez que haya sólo una pregunta mal formulada. Los fines que como litigante persigo con las objeciones no son la depuración técnica o lingüística del debate, sino favorecer las posibilidades de mi caso impidiendo que mi contraparte formule preguntas que lo puedan afectar o alterar. En consecuencia, cuidado con objetar automáticamente; muchas veces, aún cuando la pregunta esté mal formulada, resulta funcional a mi teoría del caso y, en esa eventualidad, la peor decisión estratégica es impedir que se responda.

Un segundo aspecto que es necesario tener presente desde un punto de vista estratégico se refiere al exceso en la utilización de las objeciones. La experiencia indica que no resulta conveniente utilizar excesivamente las "objeciones", en cuanto pueden generar una predisposición del juzgador en contra del abogado, puesto que éste entorpece el curso del juicio con la utilización excesiva de "objeciones". Probablemente existen pocas cosas más odiosas que un abogado que interrumpe el normal desarrollo de un juicio sin contar con una buena razón para ello. Por lo mismo, el abogado debe ser especialmente cuidadoso para objetar preguntas en situaciones que realmente se produce un daño al caso y no sólo con el afán de purismo técnico o como una estrategia destinada a sabotear el desempeño de la contraparte. Los jueces, a su turno, deberán también comprender que las objeciones constituyen una manifestación de la contradictoriedad en juicio y que es trabajo de las partes objetar cada vez que estimen que se está infringiendo las reglas del juego justo. Nuestro punto no es una cuestión aritmética sino estratégica; es decir, que el abogado debe pesar las ventajas y desventajas de objetar una determinada pregunta tomando en consideración no sólo el debate específico sino que también el impacto que su actividad genera en el juicio en su conjunto.

VI. El uso de Declaraciones previas en Juicio



1. Introducción:

Uno de los temas que genera más problemas prácticos para la correcta realización de un juicio oral efectivamente acusatorio se refiere al uso que en él se puede hacer de las declaraciones previas rendidas por un testigo o perito. Es así como existe una tendencia casi irrefrenable de parte de los litigantes, que provienen de sistemas inquisitivos, para intentar incluir al juicio oral los documentos en los que constan las declaraciones previas, como si fueran esas declaraciones las que el tribunal debiera valorar para adoptar su decisión final en el caso. Nada más alejado de la lógica del juicio oral en un sistema acusatorio.

La regla general de un juicio oral, en un sistema acusatorio, es que la prueba de testigos y peritos consiste en la comparecencia personal del testigo o perito al juicio y que su declaración será aquella que se presenta en el mismo juicio oral. En consecuencia, la única información que el tribunal puede valorar para efectos de su decisión es la entregada por los testigos y peritos en su declaración personal prestada en el juicio. Toda otra declaración previa, prestada por ellos antes del juicio, no tiene valor ni puede utilizarse en reemplazo de la declaración personal de los testigos y peritos el mismo día del juicio, salvo algunas excepciones que suele contemplar la legislación comparada en la materia.

La férrea razón de esta regla obedece a la necesidad de darle vigencia práctica a dos principios centrales sobre los cuales se estructura el juicio oral en un sistema acusatorio. Ellos son la inmediación y la contradictoriedad. La prueba testimonial introducida por vía de la lectura de declaraciones previas no permite satisfacer ninguno de estos principios. Por cierto, no permite el contacto directo del tribunal con la fuente de información; pero tampoco permite a la contraparte poder contrastar esas declaraciones previas de forma intensa, tal como lo exige la contradictoriedad del juicio.

Lo anterior no significa que no pueda darse uso alguno a las declaraciones previas en el juicio. El objetivo de este capítulo será analizar qué uso legítimo se les puede dar en el contexto de un sistema oral acusatorio y qué aspectos de litigación son relevantes para usarlos de manera efectiva. Este uso tiene dos objetivos básicos: (a) refrescar la memoria del testigo o perito; y (b) evidenciar inconsistencias del testigo o perito.

En ambos casos, la declaración previa no se utiliza con el objeto de sustituir la declaración actual del testigo, sino con el fin de contribuir a que la declaración actual sea completa o con el objeto de entregar elementos al tribunal para pesar la credibilidad de los testigos o peritos. En consecuencia, en ambos casos, las declaraciones previas no constituyen prueba en el juicio. La prueba sigue siendo la declaración que en el mismo presenta el testigo o perito. La primera idea que queremos destacar, en consecuencia, es que la información que comparece al juicio puede ser inadmisible, en tanto prueba, pero admisible para otros usos, tales como son el refrescar la memoria del testigo o demostrar su inconsistencia con declaraciones previas. La diferencia entre una declaración utilizable como prueba o sólo utilizable para los efectos de demostrar contradicciones no es en absoluto baladí: sólo si es admisible como prueba podrá ser utilizada para acreditar la o las proposiciones fácticas que contiene; sí, en cambio, la declaración es utilizada para demostrar contradicciones, la prueba sigue siendo el testimonio, con el impacto en credibilidad –cualquiera su grado- que haya sufrido a resultas de la declaración previa.

Antes de entrar al análisis de estos usos de las declaraciones previas, nos parece nece-

sario mencionar un tercer uso de las declaraciones previas. Este tercer uso puede parecer obvio, pero es indispensable para la litigación en juicios orales. Las declaraciones previas siempre constituyen el material de trabajo básico que permite a los litigantes preparar el examen directo y el contraexamen de testigos y peritos. Este es el uso común de tales declaraciones y, como resulta lógico, no encuentra regulación normativa en ningún código. En este sentido, una de las principales justificaciones de los sistemas de registro de las actividades de investigación, en las etapas preliminares de los sistemas acusatorios, tiene que ver precisamente con el permitir, tanto a la parte que registra como a la contraparte, el tener material de trabajo sobre el cual preparar sus actividades de litigación en el juicio.

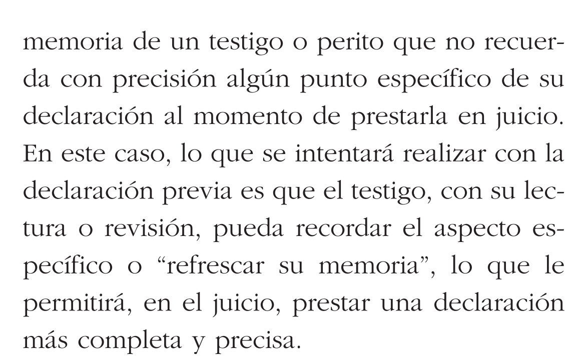
2. ¿Qué constituye una declaración previa?

Lo primero que es necesario despejar, antes de revisar los usos que tienen las declaraciones previas en juicio, es en qué consiste una declaración previa. Una declaración previa es cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizada con anterioridad, y que dicha exteriorización conste en algún soporte, cualquiera que éste sea. Así, las declaraciones previas pueden haber sido hechas en cualquier momento o ante cualquier instancia, pública o privada: durante una audiencia judicial anterior al juicio, en la etapa de investigación ante la policía o el Ministerio Público, una declaración de impuestos, un cuestionario municipal, o una carta a una tía lejana del testigo, etc. Todas estas manifestaciones son, técnicamente, declaraciones previas. A su turno, ellas pueden estar registradas en papel –como el acta de la audiencia o del interrogatorio del fiscal, pero también los pensamientos que el testigo escribió en el boleto del bus- o bien de cualquier otra manera, como, por ejemplo, los pensamientos que talló en el banco de la plaza. Por supuesto, no es inocuo, desde el punto de vista de nuestras posibilidades de probar la existencia de dichas declaraciones y su contenido, cuál es la versión que estas declaraciones adopten, pero esa es otra cuestión: técnicamente, cualquier exteriorización de voluntad del sujeto, como sea que haya quedado registrada, es una declaración previa.

Una segunda interpretación señala que sí podrían utilizarse dichas declaraciones previas, particularmente por el hecho que cuando la policía toma declaración al acusado debe hacerlo previa delegación de funciones (y bajo responsabilidad) del fiscal. En ese contexto, se sostiene, debe interpretarse que las declaraciones prestadas por el acusado ante la policía son equivalentes a las que son tomadas por los fiscales, estas últimas están expresamente permitidas. Detrás de estas interpretaciones normativas existe un intenso debate político criminal acerca de los valores que se encuentran en juego detrás de cada una de esas opciones. Como señalamos, nos alejaríamos de los objetivos de nuestras materias si nos detuviéramos a revisar ese debate. Para lo que nos importa en este momento, el litigante debe tener presente que eventualmente podría utilizar las declaraciones prestadas ante la policía con el objeto de refrescar la memoria o manifestar inconsistencias, pero para ello deberá realizar algún tipo de ejercicio de argumentación normativa que le permita fundar dicha posibilidad ante el tribunal oral.

3. El uso de declaraciones previas para refrescar la memoria

El primer uso legítimo de declaraciones previas en juicios orales sirve para refrescar la



memoria de un testigo o perito que no recuerda con precisión algún punto específico de su declaración al momento de prestarla en juicio. En este caso, lo que se intentará realizar con la declaración previa es que el testigo, con su lectura o revisión, pueda recordar el aspecto específico o "refrescar su memoria", lo que le permitirá, en el juicio, prestar una declaración más completa y precisa.

Como se puede apreciar, se trata de una actividad de litigación que fundamentalmente se encuentra al servicio de mejorar la calidad de la información que el testigo o perito incorpora al juicio. El valor que está detrás reposa en la idea, de común experiencia, que la memoria humana tiene limitaciones y que, por lo tanto, es razonable que algunos detalles se olviden o se tornen difusos con el paso del tiempo. Ésa es precisamente una gran gracia de la escritura: permitirnos registrar información para que perdure en el tiempo. Nótese, entonces, que, allí donde se ha reprochado la escrituración en otras áreas del procedimiento -por ejemplo, como método de litigación o como escenario de evaluación de la prueba- ésta resulta en cambio útil y deseable para los efectos de registrar experiencias que refrescan, meses más, tarde la memoria de las personas.

Por lo mismo, refrescar la memoria del testigo es normalmente un actividad "amigable" que toma el abogado para con el testigo, y ésa es la razón por la que suele tener lugar en el examen directo.

Con todo, hay que tener cuidado con este uso de las declaraciones previas. No toda duda u olvido amerita ser refrescado. El procedimiento para refrescar la memoria tiene siempre algún impacto negativo en la credibilidad de un testigo (después de todo, es un reconocimiento explícito de que el testigo no recuerda el punto con precisión, y los jueces no son ningunos ingenuos: están viendo que el testigo está declarando a partir de un registro escrito que le está siendo mostrado por el abogado). A veces ese impacto es menor y vale la pena asumirlo debido a las ganancias que tendrá la información que obtendremos del testigo si éste supera las dudas que tiene. Otras veces, en cambio, el impacto negativo es tan alto que no valdrá la pena hacer ningún esfuerzo por refrescar la memoria. Cuánto la actividad de refrescar la memoria impacta la credibilidad del testimonio está directamente relacionado con el hecho de cuán razonable es que el testigo no recuerde la información por la que se le está preguntando, dadas las máximas de la experiencia y el sentido común. Veamos algunos ejemplos.

Ejemplo Nº 1:

El testigo presencial de un homicidio que ocurrió hace 10 meses no recuerda con precisión la hora de su llegada al sitio del suceso (las 7:15 horas), pero sí es capaz de decir que fue alrededor de las siete. En este caso puede parecer razonable que, producto del paso del tiempo o del propio nerviosismo que genera la declaración en juicio, el testigo tenga problemas con la memoria para precisar con exactitud la hora. En un caso de esta naturaleza pareciera que el costo de refrescar la memoria será bajo para la credibilidad del testigo, ya que con el tiempo transcurrido una duda de ese tipo parece ser algo natural.

Ejemplo Nº 2:

En el mismo caso, el testigo olvida el sexo de la víctima que observó, sin ropa, sobre la cama. Aquí, en cambio, el olvido parece afectar a una porción fundamental de su relato, algo que, aún en un escenario de sentido común, debería ser recordado. En suma, mientras más sea incapaz el testigo para declarar sobre porciones de información de este calibre y

relevancia, más costos empieza a pagar en credibilidad: todos estamos viendo que le están haciendo leer, que no recuerda de primera mano, y que no es su memoria lo que estamos escuchando, sino su lectura del papel; en algún momento esto empieza a cobrar todos los costos de calidad que conlleva la información escrita, obtenida sin inmediación y sin contradictoriedad; mientras más ocurre esto, quienes están escuchando, empiezan a pensar con mayor énfasis: "si quisiera leer el papel puedo hacerlo solo, no necesito al testigo para que lo recite, aparentemente éste no tiene mucho valor agregado respecto del papel, y habíamos acordado que el papel no es suficientemente confiable..." Mientras más ocurre esto, entonces, el hecho de refrescar la memoria empieza a enfatizar, más bien, la incompetencia de nuestro propio testigo.

En ambos casos, debe haber una decisión estratégica del litigante en la que se debe sopesar los perjuicios que se causan a la credibilidad del testigo con supuestos los beneficios o ventajas que se esperan obtener de su testimonio refrescado. No existe una fórmula general para resolver este problema en los casos concretos, salvo el decir que cuando los beneficios superen los perjuicios, debiera optarse por refrescar la memoria y viceversa.

Desde el punto de vista del litigante, el uso de las declaraciones previas presenta tres desafíos importantes. El primero se refiere al desarrollo de un procedimiento que permita al litigante anticipar a los jueces que se pretende utilizar la declaración para el fin legítimo de refrescar la memoria, y evitar así objeciones de la contraparte en este primer nivel de admisibilidad; el segundo problema tiene que ver con acreditar suficientemente la declaración previa, a manera de evitar objeciones a este segundo nivel de admisibilidad. Estas primeras dos cuestiones son más bien procesales -problemas de admisibilidad. La tercera cuestión tiene que ver con darle un uso efectivo a la declaración previa, esto es, refrescar efectivamente la memoria y hacerlo con el menor costo posible.

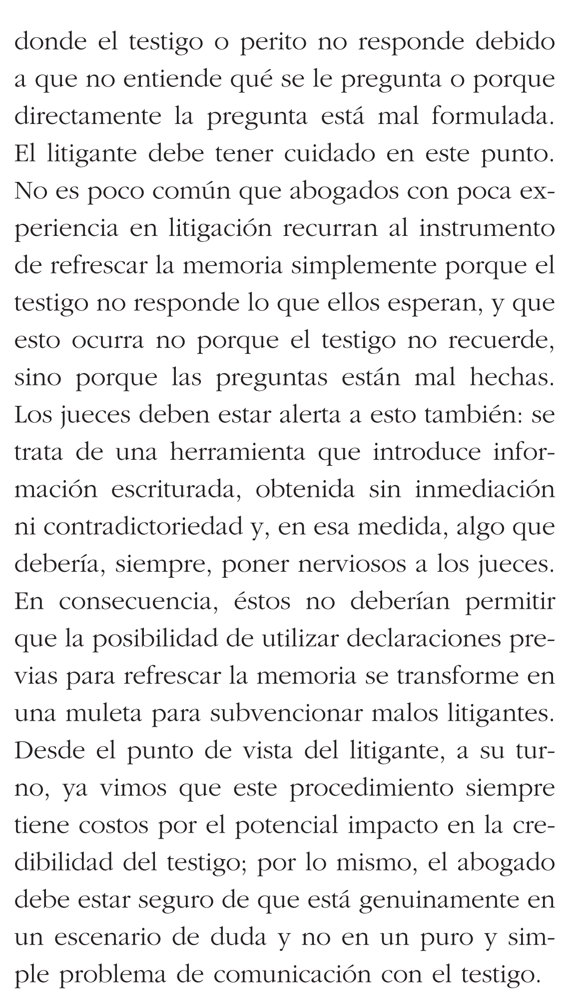
Estas dificultades hacen conveniente que el litigante internalice un procedimiento estándar para que lo use cada vez que se enfrente a una situación en la que sea necesario refrescar la memoria de un testigo. De esta forma, el litigante se evita tener que pensar cómo y qué debe hacer en el caso concreto, perdiendo valiosos segundos en el juicio oral y, probablemente, perdiendo el punto y la oportunidad en la que era urgente intervenir.

A continuación, sugerimos un procedimiento, que consta de tres pasos, para refrescar la memoria del testigo utilizando declaraciones previas. No se trata de un procedimiento contemplado en la ley ni que sea obligatorio seguirlo para los litigantes. Constituye simplemente una sugerencia para simplificar la labor de litigio en juicio, y evitar incurrir en errores que puedan impedir la admisibilidad de la declaración previa para refrescar efectivamente la memoria de un testigo cuando sea necesario.

Paso 1: Generar el escenario de duda y dar cuenta de la existencia de la declaración previa.

Para entrar al ámbito del uso de declaraciones previas para refrescar memoria, lo primero que tiene que haber es un escenario donde un testigo necesite que su memoria sea refrescada. A esto le llamamos el escenario de duda.

El escenario de duda se genera cuando el testigo o el perito no puede recordar con precisión o tiene dudas sobre un punto específico que se le pregunta (normalmente en el examen directo, según hemos visto). Aquí es necesario detenernos y enfatizar que debe existir una legítima duda del testigo o perito y no tratarse de un defecto de litigación; es decir, de un caso en



donde el testigo o perito no responde debido a que no entiende qué se le pregunta o porque directamente la pregunta está mal formulada. El litigante debe tener cuidado en este punto. No es poco común que abogados con poca experiencia en litigación recurran al instrumento de refrescar la memoria simplemente porque el testigo no responde lo que ellos esperan, y que esto ocurra no porque el testigo no recuerde, sino porque las preguntas están mal hechas. Los jueces deben estar alerta a esto también: se trata de una herramienta que introduce información escriturada, obtenida sin inmediación ni contradictoriedad y, en esa medida, algo que debería, siempre, poner nerviosos a los jueces. En consecuencia, éstos no deberían permitir que la posibilidad de utilizar declaraciones previas para refrescar la memoria se transforme en una muleta para subvencionar malos litigantes. Desde el punto de vista del litigante, a su turno, ya vimos que este procedimiento siempre tiene costos por el potencial impacto en la credibilidad del testigo; por lo mismo, el abogado debe estar seguro de que está genuinamente en un escenario de duda y no en un puro y simple problema de comunicación con el testigo.

Desde luego, este escenario de duda queda claro cada vez que el testigo responde directamente "no recuerdo", o cualquier equivalente funcional ("no sabría decirle con precisión", "no recuerdo las palabras exactas", etc.). Sin embargo, no siempre el escenario va a ser tan explícito. En ocasiones el testigo simplemente se va a equivocar y va a decir algo inconsistente, no por querer ser inconsistente, sino por responder algo que en verdad no recuerda. En otras ocasiones, en fin, simplemente va a omitir información que, el litigante sabe, el testigo posee.

En cualquiera de estos tres casos, no conviene apresurarse; primero debemos asegurarnos que realmente no podemos obtener la información por simple examen directo.

Si realmente lo que se necesita es refrescar la memoria, la pregunta: "le refrescaría la memoria ver... (la declaración previa)" sitúa a los jueces en el propósito del ejercicio. Esto, por supuesto, después de haberle preguntado por la existencia de dicha declaración, según explicamos a continuación (todo esto, antes siquiera de haber levantado la declaración del escritorio).

Una vez generado el escenario de duda, el litigante debe comenzar a ofrecer la salida para superarla. Esta salida comenzará con alguna frase del estilo: "¿pero recuerda haber prestado una declaración ante el Ministerio Público para este caso?". Esta pregunta va a dar pie a que el testigo acepte el puente de plata que el abogado le está ofreciendo y luego, en el segundo paso, introducir la declaración previa para refrescar la memoria. Veamos con un ejemplo el desarrollo de este primer paso:

P: Señor Martínez, ¿podría decirnos a qué hora llego a la casa de su hermano?

R: Sí, fue alrededor de las 7 de la tarde.

P: ¿Recuerda con precisión la hora exacta en la que llegó?

R: Bueno, como le digo alrededor de la 7 de la tarde, pero no recuerdo exactamente el minuto preciso. (Queda de manifiesto una duda o falta de memoria sobre un punto específico.)

P: Señor Martínez, ¿recuerda usted haber prestado una declaración ante la fiscalía en este caso con anterioridad al desarrollo de este juicio? (Se da a conocer la existencia de una declaración previa.)

R: Sí, claro, al día siguiente en que se cometió el delito concurrí ante la fiscalía a prestar declaración sobre los hechos que presencié. (El testigo reconoce la existencia de esa declaración previa.)

P: ¿Le refrescaría la memoria (le ayudaría a recordar mejor; le permitiría recordar con

precisión, etc., etc., etc.), si le exhibiera esa declaración y usted pudiera examinarla con cuidado? (Se manifiesta que esa declaración puede ser utilizada para refrescar la memoria del testigo.)

R: Sí, claro..... (El testigo acepta el ofrecimiento del abogado.)

Como se puede observar en el ejemplo, el testigo es incapaz de precisar con exactitud la hora de llegada a la casa de su hermano, lo que constituye un aspecto relevante de su testimonio para la teoría del caso de quien lo presenta. Frente a la imposibilidad de precisar ese aspecto, y sabiendo el abogado que este testigo declaró con anterioridad con precisión esa hora, le ofrece la oportunidad de revisar dicha declaración para prestar una declaración más completa. Por eso mismo hace reconocer al testigo que hay una falla de memoria respecto del punto en cuestión. Frente a esta falla de memoria, entramos al mundo de las declaraciones previas para refrescar la memoria y, en ese escenario, lo que hará el litigante es dar cuenta de la existencia de una declaración previa y ofrecerla al testigo para ayudar a superar la duda que tiene en ese momento.

Paso 2: Exhibición y reconocimiento de la declaración previa.

Una vez que el testigo ha aceptado la ayuda de memoria, se procede a exhibirle la declaración para que la reconozca como aquélla que efectivamente prestó en el caso en concreto. Es importante destacar que el propio testigo debe reconocer la declaración y no es el abogado, por vía sugestiva, quien le menciona de qué se trata. Además, debe siempre cuidarse que la contraparte tenga la posibilidad de cerciorarse de que el documento que está a punto de mostrarle al testigo sea, efectivamente, aquello que supuestamente debiera ser: la declaración previa de éste (y no, por ejemplo, un "torpedo" que le "sopla" la respuesta). El reconocimiento se hace necesario ya que el tribunal debe ser muy cuidadoso con que no cualquier cosa le sea exhibida al testigo. Es por ello que, si el testigo no está en condiciones de reconocer la declaración previa como propia, no se puede autorizar el uso de este mecanismo. A este respecto, entonces, rige la misma lógica -y por ende las mismas exigencias de acreditación- que tratamos a propósito de la prueba material.

Una vez que la declaración ha sido exhibida al testigo y éste la ha reconocido, estamos en condiciones de pasar al tercer paso de este procedimiento. Antes de pasar a él, sigamos con el ejemplo anterior para ver cómo se desarrollaría el segundo paso.

P: ¿Le refrescaría la memoria (le ayudaría a recordar mejor; le permitiría recordar con precisión, etc., etc., etc.) examinar esa declaración? (Se manifiesta que esa declaración puede ser utilizada para refrescar la memoria del testigo.)

R: Si, claro, sería de gran utilidad. (el testigo acepta el ofrecimiento del abogado.)

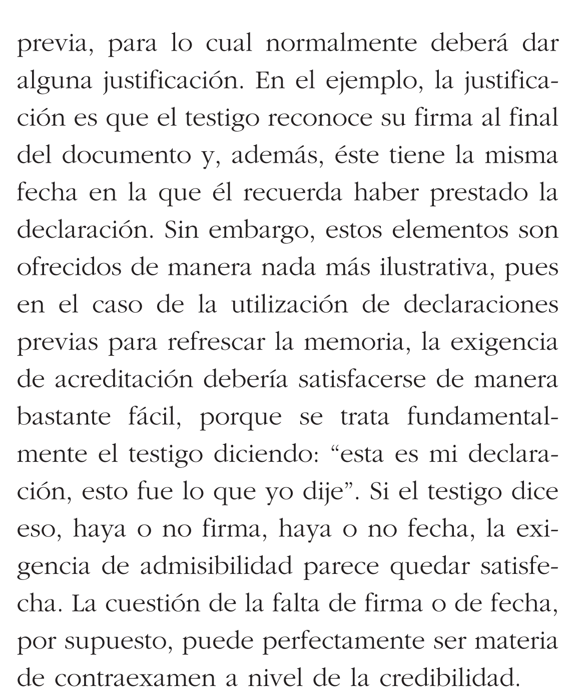
P: (Mientras el abogado ha realizado estas preguntas, ha tomado la declaración previa y se la ha exhibido a la contraparte antes de formular su pregunta.) Señor Martínez ¿Nos podría decir qué es esto que le exhibo en este momento?

R: Bueno, se trata de la declaración que presté ante el Ministerio Público.

P: ¿Cómo sabe que se trata de dicha declaración?

R: Debido a que al final de la hoja está mi firma, la fecha corresponde también a la del día en que fui al Ministerio Público.

Como se puede observar, el testigo debe reconocer el documento como su declaración



previa, para lo cual normalmente deberá dar alguna justificación. En el ejemplo, la justificación es que el testigo reconoce su firma al final del documento y, además, éste tiene la misma fecha en la que él recuerda haber prestado la declaración. Sin embargo, estos elementos son ofrecidos de manera nada más ilustrativa, pues en el caso de la utilización de declaraciones previas para refrescar la memoria, la exigencia de acreditación debería satisfacerse de manera bastante fácil, porque se trata fundamentalmente el testigo diciendo: "esta es mi declaración, esto fue lo que yo dije". Si el testigo dice eso, haya o no firma, haya o no fecha, la exigencia de admisibilidad parece quedar satisfecha. La cuestión de la falta de firma o de fecha, por supuesto, puede perfectamente ser materia de contraexamen a nivel de la credibilidad.

El reconocimiento y las razones del mismo, entonces, no deberían ser problemáticos cuando estamos en el escenario de refrescar la memoria. Recordemos que normalmente estaremos en el examen directo y que este procedimiento es "amistoso", es decir, que está destinado a ayudar al testigo a precisar sus declaraciones ante el tribunal. Por lo mismo, la hipótesis normal dice que el testigo estará tremendamente dispuesto a contribuir en el mismo.

<u>Paso 3:</u> Lectura y declaración actual refrescada

Una vez realizados los pasos anteriores, estamos en condiciones de utilizar la declaración previa para que el testigo o perito pueda recordar aquél punto de su declaración que generó el escenario de duda. ¿Cómo se utiliza? Se solicita al testigo que lea en silencio (para sí) aquella porción de la declaración previa relevante al punto (la que, normalmente, debe haber sido marcada por el abogado para que el testigo la identifique en forma rápida y sin problemas).

La razón de la lectura en silencio obedece a que la declaración previa, como hemos dicho, no puede ser valorada por el tribunal ya que no se trata de una declaración en juicio. Por lo mismo, lo que esperamos es que el testigo, sobre la base de su memoria refrescada por la lectura, sea capaz de ofrecer testimonio en el juicio sobre la pregunta realizada. Por eso, una vez que concluye su lectura le pedimos la declaración de vuelta y repetimos la pregunta original que dio lugar al escenario de duda. Aquí el testigo tendrá oportunidad de responder a viva voz con información que sí constituye prueba –es decir, testimonio, con cualquiera sea el impacto en credibilidad generado por el hecho de haber tenido que refrescar la memoria- y que, en consecuencia, puede ser valorada por el tribunal para la decisión final del caso.

Continuemos con el ejemplo para ver cómo concluiría:

P: Señor Martínez, ¿podría leer en silencio, por favor ,el párrafo marcado con lápiz rojo en su declaración? (El abogado le indica, además, el párrafo.)

R: Sí.

P: (Dejando pasar un plazo prudente) Señor Martínez, ¿leyó el párrafo?

R: Sí.

P: ¿Recuerda con precisión la hora exacta en la que llegó?

R: Sí, claro, ahora sí le puedo precisar, llegué a las 7:15 horas a la casa de mi hermano, lo que pasa es que estaba un poco nervioso, pero ahora recuerdo con claridad, eran las 7:15 horas.

En el ejemplo, se puede observar cómo todo el procedimiento está destinado a obtener una declaración del testigo en juicio sobre el tema y no a introducir información de las declaraciones previas. Obtenida la información en juicio, estamos en condiciones de continuar

el examen directo y pasar a nuestro punto siguiente.

Aunque el proceso presentado por partes, tal como lo hemos hechos para efectos pedagógicos, pueda parecer engorroso o complicado, en realidad es breve y fluido en manos de un litigante con experiencia. Aquí va el ejercicio de corrido:

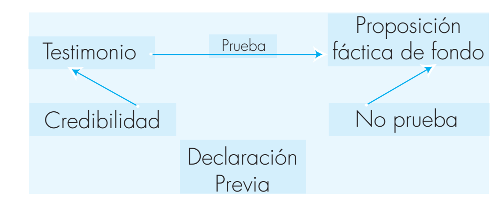
P: *Señor Martínez: ¿Podría decirnos a qué hora llego a la casa de su hermano?*
R: *Si, fue alrededor de las 7 de la tarde.*
P: *¿Recuerda con precisión la hora exacta en la que llegó?*
R: *Bueno, como le digo alrededor de la 7 de la tarde, pero no recuerdo exactamente el minuto preciso...*
P: *Señor Martínez, ¿recuerda usted haber prestado una declaración ante la fiscalía en este caso con anterioridad al desarrollo de este juicio?*
R: *Sí, claro, al día siguiente en que se cometió el delito concurrí ante la fiscalía a prestar declaración sobre los hechos que presencié...*
P: *¿Le ayudaría a recordar mejor si le exhibiera esa declaración?*
R: *Sí, claro.....*
P: *Señor Martínez ¿Nos podría decir qué es esto que le exhibo en este momento?*
R: *Bueno, se trata de la declaración que presté ante el Ministerio Público.*
P: *¿Cómo sabe que se trata de dicha declaración?*
R: *Debido a que al final de la hoja está mi firma, la fecha corresponde también a la del día en que fui al Ministerio Público.*
P: *Señor Martínez, ¿podría leer, en silencio por favor ,el párrafo marcado con lápiz rojo en su declaración?*
R: *Sí.*
P: *Señor Martínez, ¿leyó el párrafo?*
R: *Sí.*
P: *¿Nos podría decir ahora la hora exacta en la que llegó?*
R: *Sí, claro, ahora sí le puedo precisar, llegué a las 7:15 horas a la casa de mi hermano, lo que pasa es que estaba un poco nervioso, pero ahora recuerdo con claridad, eran las 7:15 horas.*

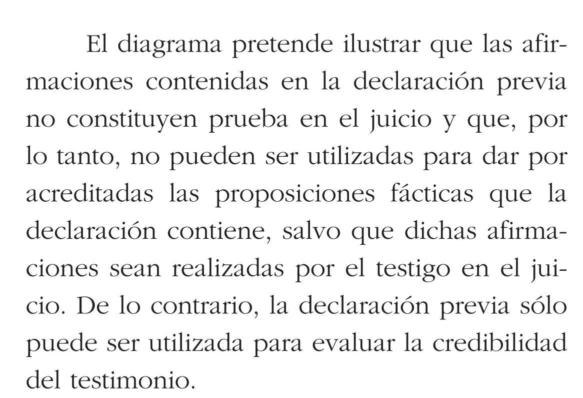
4. El uso de las declaraciones previas para manifestar inconsistencias

Una segunda finalidad legítima en la que las declaraciones previas pueden ser utilizadas es con el objetivo de manifestar inconsistencias del testigo entre sus declaraciones actuales –prestadas en el estrado- y las previas.

Se trata de un objetivo mucho más adversarial que el anterior. En el fondo, lo que se intenta es desacreditar al testigo debido al hecho de que se trataría de una persona que cambia sus versiones sobre los hechos, y esto impacta su credibilidad. En consecuencia, esta segunda versión del uso de declaraciones previas, normalmente, se utilizará en el contraexamen como una de las estrategias de desacreditación de los testigos de la contraparte. Vale la pena repetir nuevamente que a través de este mecanismo no se pretende introducir la declaración previa, inconsistente como prueba, sobre el fondo del asunto, sino simplemente aportar al juicio un elemento que pueda permitir pesar mejor la credibilidad de las declaraciones actuales del testigo respectivo.

El siguiente diagrama ilustra la diferencia:





El diagrama pretende ilustrar que las afirmaciones contenidas en la declaración previa no constituyen prueba en el juicio y que, por lo tanto, no pueden ser utilizadas para dar por acreditadas las proposiciones fácticas que la declaración contiene, salvo que dichas afirmaciones sean realizadas por el testigo en el juicio. De lo contrario, la declaración previa sólo puede ser utilizada para evaluar la credibilidad del testimonio.

Supongamos, por ejemplo, que el testigo afirma en el estrado que nunca fue a la casa de la víctima el día de los hechos. Supongamos que el contraexaminador tiene en su poder una declaración previa en la que dice: "pasé brevemente por la casa de la víctima como a las nueve". Pues bien, una vez manifestada la inconsistencia, el contraexaminador sólo puede argumentar -y el tribunal recoger- que "el testigo no es creíble cuando, hoy, en el juicio, dice no haber ido nunca a la casa de la víctima". Pero el tribunal no puede, sobre la base de la declaración previa, dar por acreditado que "el testigo pasó ese día por la casa de la víctima a las nueve"; no hay prueba para dicha proposición fáctica y la declaración previa no puede ser considerada como tal. Si el contraexaminador o el tribunal desean dar por acreditada dicha proposición fáctica, necesitan echar mano de una genuina prueba, válidamente incorporada al juicio.

Al igual que tratándose de los casos de refresco de la memoria, hay que tener cuidado con el uso de este mecanismo. Se trata de una herramienta muy poderosa de desacreditación, en la medida que las inconsistencias en las declaraciones del testigo sean genuinas inconsistencias y recaigan sobre aspectos relevantes. Es común observar que frente a cualquier inconsistencia, por menor que sea, los abogados tienen la tendencia a invocar las declaraciones previas y saltar al cuello del testigo con una actitud de "con esto destruyo al tonto". Y, con igual frecuencia, observamos que el cuadro del abogado intentando esto, en un contexto de libre valoración, no produce ni remotamente ese efecto. Muchas veces, al contrario, la impresión que se apodera de uno es que el abogado es quien pierde credibilidad profesional al pretender que restemos credibilidad a un testigo por lo que no son más que variaciones naturales o insignificantes de un relato en general consistente, como la experiencia y el sentido común nos dicen suele ocurrir incluso entre aquellos que dicen la verdad. Lo que uno adivina en esta actitud, en cambio, es todavía el resabio de los formalismos propios de la prueba legal o tasada: la idea de que cualquier error o alteración "formal" tiene la capacidad de "anular" el acto (el testimonio). En un sistema de libre valoración, en cambio, esto no es así en absoluto: la única pregunta relevante para los jueces es si en verdad creen que el testigo esté mintiendo debido a este cambio de versión, o si creen que dicho cambio no alcanza a restar solidez a su testimonio. Entonces, sólo en aquellos casos en donde las declaraciones actuales cambien en forma importante la versión de los hechos en su conjunto, o una porción de los mismos que es relevante, este mecanismo será efectivo. En el resto de los casos es mejor utilizar otras herramientas del contraexamen y no perder el tiempo demostrándole al tribunal cuestiones irrelevantes para el juzgamiento final del caso. El procedimiento para manifestar inconsistencias constituye una promesa muy fuerte al tribunal de que algo serio va a ocurrir. La mejor forma de defraudarlo es ocuparlo para mostrar inconsistencias irrelevantes.

La utilización de las declaraciones previas inconsistentes de un testigo al que contraexaminamos se encuentra con los mismos tres desafíos que mencionábamos a propósito de refrescar la memoria: generar el escenario de inconsistencia, acreditar la declaración previa, y utilizarla efectivamente. También aquí, enton-

ces, ofrecemos un procedimiento que a nuestro juicio se hace cargo de estos desafíos y otra vez recalcamos que no se trata de un procedimiento normativamente regulado, sino de una sugerencia que permita al litigante actuar de manera efectiva cuando se enfrente a situaciones de este tipo. Por lo mismo, cada litigante puede hacer variaciones, cambios o adaptaciones al mismo. Lo importante es retener la necesidad de contar con un procedimiento que permita no enredar el juicio por defectos de litigación. Aquí va nuestra sugerencia:

Paso 1: Fijar la declaración actual inconsistente

El primer paso que hay que seguir es fijar la declaración actual inconsistente. Es decir, debemos pedir al testigo que fije exactamente cuál es su testimonio (ése por el cual lo pretendemos desacreditar). De esta forma fijamos ante el tribunal cuál es exactamente la declaración actual del testigo, sin darle oportunidad para que se escude luego en afirmaciones del tipo: "eso no fue exactamente lo que dije", o: "aunque dije eso, usted no lo entendió exactamente en el sentido que yo lo dije" (que, en el fondo significan: "ahora que usted me muestra una declaración previa mía que es inconsistente con lo que acabo de decir, déjeme inventar un nuevo sentido a lo que dije para que usted no le vaya a sugerir al tribunal que yo estoy mintiendo..."). El evidenciar la inconsistencia con una declaración previa es una "trampa" (pero una trampa legítima) que le hemos tendido al testigo o al perito, y, antes de dejar caer la puerta, queremos cerrar todas las ventanas por las cuales se pueda escapar. La primera ventana que debe clausurarse es aquella que permite al testigo o perito que posteriormente desconozca haber dicho en el juicio lo que el litigante cree haber entendido.

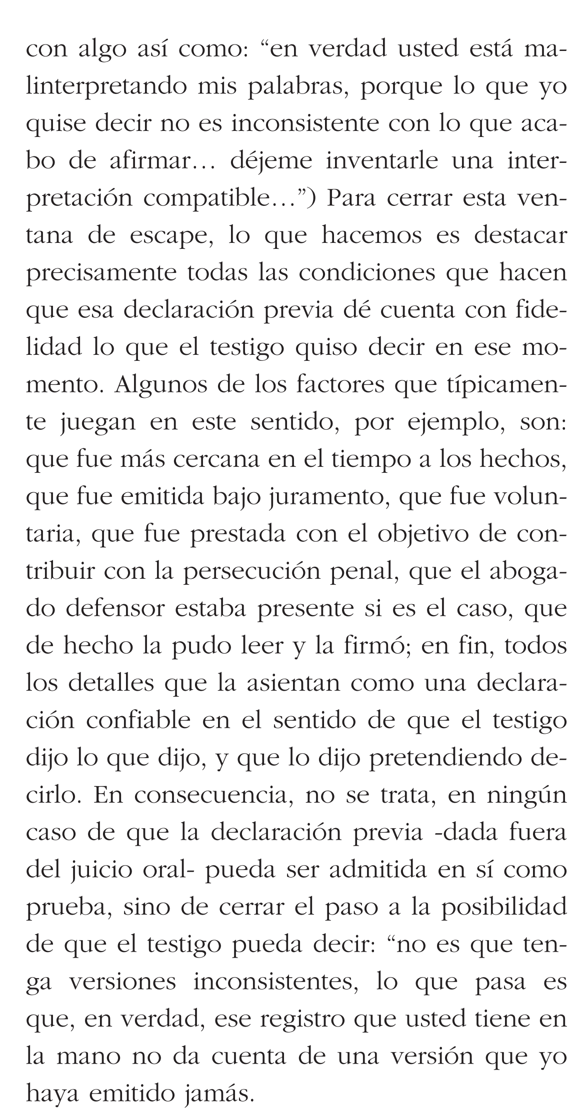
Un ejemplo nos permitirá aclarar este punto:

P: ¿Y dice usted que la persona a quien vio forzando a la Sra. Martita tenía un tatuaje en la espalda?
R: Así es.
P: ¿De qué tamaño era?
R: Era grande, como del porte de mi mano, más o menos....
P: ¿Qué porción de la espalda más o menos cubría?
R: Como un cuarto de la espalda....
P: ¿Y recuerda cuál era el motivo del tatuaje?
R: Era algo así como un pájaro en llamas.
P: ¿Es posible que esté confundido, y que no haya sido esa persona la que tenía el tatuaje?
R: No, recuerdo perfectamente que era él.

A estas alturas, entonces, el testimonio del testigo respecto del tatuaje está más que fijado, de manera bastante específica, y difícilmente podría ser negado o relativizado en los puntos que el juzgador acaba de oír.

Paso 2: Rodear de condiciones de legitimidad a la declaración anterior

Una vez que fijamos con precisión el contenido de la declaración actual, surge la necesidad de trabajar sobre las condiciones de credibilidad de la declaración previa, aquella que queremos contrastar con el testimonio actual. Esta es la segunda ventana de escape que debemos cerrar: evitar que el testigo salga con algo así como: "no es que esté siendo inconsistente, lo que pasa es que yo nunca dije eso que usted dice que dije" (otras variantes son: en verdad lo escribió la policía, lo escribió el fiscal, me dijeron que firmara un papel en blanco, jamás me dejaron leer lo que firmé; o bien



con algo así como: "en verdad usted está malinterpretando mis palabras, porque lo que yo quise decir no es inconsistente con lo que acabo de afirmar… déjeme inventarle una interpretación compatible…") Para cerrar esta ventana de escape, lo que hacemos es destacar precisamente todas las condiciones que hacen que esa declaración previa dé cuenta con fidelidad lo que el testigo quiso decir en ese momento. Algunos de los factores que típicamente juegan en este sentido, por ejemplo, son: que fue más cercana en el tiempo a los hechos, que fue emitida bajo juramento, que fue voluntaria, que fue prestada con el objetivo de contribuir con la persecución penal, que el abogado defensor estaba presente si es el caso, que de hecho la pudo leer y la firmó; en fin, todos los detalles que la asientan como una declaración confiable en el sentido de que el testigo dijo lo que dijo, y que lo dijo pretendiendo decirlo. En consecuencia, no se trata, en ningún caso de que la declaración previa -dada fuera del juicio oral- pueda ser admitida en sí como prueba, sino de cerrar el paso a la posibilidad de que el testigo pueda decir: "no es que tenga versiones inconsistentes, lo que pasa es que, en verdad, ese registro que usted tiene en la mano no da cuenta de una versión que yo haya emitido jamás.

Continuemos con nuestro ejemplo para ver como se ejecuta este segundo paso:

P: Señor testigo, ¿recuerda haber sido interrogado por la policía un par de días después del crimen?
R: Sí, así es.
P: Y usted sabía que esos policías estaban tratando de dar con el paradero del violador de la Sra. Martita, ¿verdad?
R: Por supuesto.
P: ¿Y usted quería que la policía hiciera justicia en este caso?
R: Claro, quería que agarraran al degenerado...
P: Y por eso, cuando la policía lo entrevistó, usted se esforzó por darle todos los detalles que recordaba sobre lo sucedido.
R: Sí.
P: ¿Le dijeron ellos que todo detalle, por insignificante que pareciera, podría ayudar?
R: Sí, me parece que sí.
P: Y usted se esforzó por recordar todo lo que pudiera, ¿no es así?
R: En efecto.
P: Y, de hecho, tenía los detalles bastante frescos a esas alturas...
R: Bueno, podría decirse...
P: Pero, ciertamente, los tenía más frescos dos días después de los hechos, que hoy, diez meses después ¿no?
R: Claro, pero ahora recuerdo todo muy bien, también...
P: Y, cuando terminó de declarar, ¿firmó una transcripción de dicha declaración?
R: Sí.
P: Y supongo que la leyó antes de firmarla, ¿verdad?
R: No sé, no lo recuerdo con precisión...
P: Bueno, Sr. testigo, ¿recuerda usted que le hayan hecho firmar algún documento que lo le hayan permitido leer?
R: No, no me acuerdo de nada semejante
P: Y usted nos dijo que quería que "agarraran al degenerado"...
R: Sí.
P: Y ésa es la razón por la que tenía especial interés en que la policía hubiera recogido todo lo que usted les había dicho... ¿no le interesaba asegurarse de esto, señor?
R: En efecto.
P: Déjeme preguntarle de nuevo, entonces, dado que está su firma puesta al pie de esta declaración, ¿la leyó antes de firmarla...?
R: Sí, lo hice.
P: Y la firmó porque la transcripción refleja-

ba exactamente lo que usted les había dicho, ¿no es verdad?

R: *Supongo...*

P: *Bueno, ¿no le dijeron los policías y el fiscal que, si la transcripción no reflejaba exactamente lo que usted les había dicho, se los hiciera saber?*

R: *Sí, me lo dijeron.*

P: *Sin embargo, cuando usted leyó la transcripción no les hizo saber de ninguna imprecisión... ¿verdad que no?*

R: *No.*

P: *Simplemente la firmó...*

R: *Sí.*

P: *Porque la transcripción, de hecho reflejaba lo que usted le había dicho a los policías...*

R: *Sí.*

Como se puede apreciar, en este caso, la circunstancia que rodea de legitimidad a la declaración prestada ante la policía es precisamente la intención -declarada por el mismo testigo- de colaborar lo más posible y esforzarse por aportar detalles a la investigación. A eso se debe agregar la proximidad en el tiempo, respecto de los hechos, y el hecho de que la declaración fue firmada, habiéndosele dicho al testigo expresamente que acusara las impresiones o incompletitudes que el acta pudiera tener.

<u>Paso 3: acreditamos el documento</u>

Hasta el momento, nuestras preguntas al testigo han producido sólo testimonio respecto de la declaración previa prestada. No hemos utilizado todavía "el papel", tal vez ni siquiera lo hemos tomado todavía de la mesa. Hasta el momento, además, los jueces sospechan que hay una inconsistencia con las declaraciones previas, pero no se han enterado todavía de cuál es y en qué consiste exactamente. Para mostrar esta inconsistencia a los jueces, el recurso más adversarial es leer la parte de la declaración previa inconsistente con el testimonio actual.

Para leer la declaración previa, sin embargo, debemos "acreditar" el documento en que esta declaración está contenida, exactamente igual que como explicamos a propósito de la prueba material. Es decir, debemos salvar la cuestión de "por qué tenemos que confiar que eso que tiene en la mano es la declaración previa del testigo, simplemente porque usted lo dice...". La dinámica, entonces, es la misma: que el testigo reconozca el documento y que dé razones de dicho reconocimiento (esto, tratándose de declaraciones propias, se satisface con que el testigo diga cualquier cosa en la sintonía de "esta es mi declaración, esto fue lo que yo dije").

El paso 3 (construir la legitimidad o la integridad de la declaración previa) y el paso 4 (acreditar el origen del documento) apuntan a objetivos distintos, aunque con frecuencia se entremezclan, comparten algunas preguntas, o se enrocan. En ocasiones, acreditamos primero el origen del acta concreta y luego vamos sobre las condiciones en que fue obtenida, en ocasiones lo hacemos al revés; en otras ocasiones, en fin, entremezclamos ambos temas.

<u>Paso 4: Obtenemos la declaración previa inconsistente</u>

Una vez dados los pasos anteriores, estamos en condiciones de manifestar la inconsistencia. ¿Cómo se hace? Se lee, esta vez en voz alta, aquella porción de la declaración que resulta inconsistente con la declaración actual del testigo. Podemos hacer que la lea el propio testigo, o la puede leer el abogado, lo mismo da. Al igual que en el caso de refresco de la memoria, será conveniente que el abogado litigante previamente marque aquella porción de

la declaración para que el testigo la lea sin equivocarse.

La lectura en voz alta se explica por el hecho de que, precisamente, se quiere con este procedimiento poner en evidencia ante el tribunal que ha habido en el caso un cambio de versiones. Es decir, que declaraciones anteriores, prestadas por el testigo en condiciones equivalentes de credibilidad que las actuales, tienen un contenido diferente a las declaraciones prestadas por él mismo en el juicio (según ya mencionábamos: el testigo X es un mentiroso, mire como cambia de versiones a cada rato, no obstante, cada vez que ha declarado ha pretendido decir la verdad sobre lo que sabía).

Continuemos con el ejemplo que hemos venido analizando para ver cómo se desarrollaría la ejecución de este tercer paso:

P: *Señor testigo, le voy a mostrar un documento. Le voy a pedir que lo mire con atención y que me diga si lo reconoce.*
R: *Sí, señor. Es la declaración que me tomaron los policías cuando me interrogaron.*
P: *¿Es ésta la declaración de la que hablábamos recién, en la que usted se esforzó por recordar detalles útiles, sólo dos días después de cometido el delito?*
R: *Sí.*
P: *¿Cómo sabe que se trata de su declaración?*
R: *Bueno, aquí está mi firma, que yo le dije había estampado una vez concluida y leída la declaración.*
P: *¿Podría, por favor, leerle al tribunal la parte de ella en que aparece mencionada la palabra "tatuaje"?*
R: *Bueno... no está señor.*
P: *¿Ni una sola mención a un tatuaje?*
R: *Bueno, lo que pasa es que...*
P: *Señor testigo, ya habrá oportunidad para que nos explique qué es lo que pasa. De momento, lo que quisiera que le dijera al tribunal es si aparece en esa declaración, en alguna parte, la palabra "tatuaje".*
R: *No, señor, en ninguna...*

Lo que el abogado debe hacer en este paso es, simplemente, evidenciar la inconsistencia ante el tribunal. Nada de ponerse a discutir con el testigo sobre explicaciones o conclusiones, ya habrá tiempo para eso en el alegato final. Aquí es dónde los abogados suelen verse particularmente tentados por la pregunta demás. Suele no bastarles con haber evidenciado suficientemente la inconsistencia, y no se aguantan hasta el alegato final para argumentar de qué manera este testigo no debe ser tomado en cuenta. Hay que evitar esa tentación a toda costa. Evidenciar la inconsistencia es todo lo que necesitamos para seguir construyendo el alegato final. Será en ese alegato final cuando haremos ver al juzgador de qué manera este testigo -que hoy declara con tanta seguridad haber visto entonces el tatuaje de nuestro cliente- no dijo nada sobre un detalle tan importante al momento en que la policía le tomó la declaración, sólo dos días después de los hechos. Ello invitará al juzgador a dudar poderosamente de que el testigo haya visto realmente tal tatuaje en la escena del delito.

El ejemplo da cuenta de un caso negativo, es decir, uno en el que la declaración anterior no decía nada sobre el tatuaje. Pero podría tratarse de un caso en el que la declaración anterior contiene información positiva que es inconsistente (por ejemplo, que en la declaración previa haya dicho que el motivo del tatuaje era el de unos ángeles bailando tango). En esos casos la lectura a viva voz será el mecanismo idóneo para dar cuenta de la inconsistencia. Por ejemplo, si, en la declaración previa, el testigo sostuvo que se trataba de un lugar oscuro y ahora nos viene a decir en juicio que se trata de un lugar con perfecta luminosidad. Lo que le haremos leer en voz alta es aquella porción

de la declaración previa en la cual señala que se trataba de un lugar oscuro.

Según hemos podido apreciar en los ejemplos, al igual que en el procedimiento para refrescar la memoria, la efectividad en la manifestación de la inconsistencia depende de que esta manifestación pueda ser realizada en el momento en que se produce una declaración actual inconsistente con la declaración previa.

VII. Prueba Material
(Objetos y Documentos)



1. Introducción

Hasta aquí hemos revisado qué hacer con los testigos -legos o expertos-, quienes constituyen la principal fuente de información y de prueba en un juicio oral.

No obstante, la información puede provenir también de otras fuentes probatorias, constituidas fundamentalmente por objetos y documentos; por 'cosas' que se exhiben en el juicio oral. Tal es el caso, por ejemplo, del arma homicida, la ropa ensangrentada de la víctima, el contrato a través del cual se consumó la estafa o el vídeo de seguridad del banco en que quedó grabado el asalto. Hoy en día, como nunca tal vez en la historia, las sociedades modernas se caracterizan por tener una cultura eminentemente audiovisual, es decir, en donde las representaciones por imágenes, gráficos, películas, vídeos, entre otras, forman parte de nuestra vida cotidiana y son una de las principales formas de acceso a la información, educación y diversión. Esta es la razón por la cual la introducción de documentos y objetos como prueba en el juicio debiera ocupar una parte importante del desarrollo de las audiencias orales y éstos debieran constituir elementos probatorios muy relevantes en el peso final de la evidencia que realicen los juzgadores al momento de decidir.

En múltiples ocasiones, ver una imagen o escuchar un sonido resulta clave para comprender una historia, aún cuando nuestro relator sea claro y ameno. Esto, que forma parte de nuestra intuición más elemental en la vida cotidiana, también inunda la realidad del juicio. Así, en el desarrollo de una audiencia, una imagen o un sonido pueden ser más decisivos para los jueces que la declaración de muchos testigos competentes, al momento de resolver un caso. De otra parte, ver el arma homicida puede, en muchas otras ocasiones, permitirnos apreciar más claramente las características de un delito que la opinión de un experto que nos cuenta sobre ellas de una manera abstracta. Un mapa de la intersección donde ocurrió el accidente puede ser más útil para nuestro caso, y para la comprensión de los juzgadores, que citar al jefe de tránsito de la respectiva municipalidad. De ahí, entonces, la importancia de este tipo de pruebas en el juicio oral y, por lo mismo, lo necesario que resulta desarrollar una teoría un poco más acabada acerca de un procedimiento para lograr su introducción como prueba en las audiencias. A este tipo de prueba la llamaremos 'prueba material'[18].

¿Qué tienen en común todas estas pruebas como para que merezcan ser agrupadas en una misma categoría? ¿Qué tienen en común el arma homicida y el contrato; la ropa ensangrentada y el vídeo de seguridad? Fundamentalmente dos cosas, aunque se trata de caras diversas de una misma moneda:

a) Ninguna de estas pruebas está sujeta a contradictoriedad, al menos en la versión tradicional. Esto no quiere decir que no haya forma de controvertir la información que dichas pruebas contienen; pero ni las armas ni las escrituras pueden responder a las preguntas de un contraexaminador. En estos casos, la contradictoriedad irá dirigida más bien hacia los testimonios adosados a dicha prueba, ya sea en su modo de producción, ya sea en su cadena de custodia, o ya sea en los procedimientos utilizados para obtenerla.

---

[18]El CPP ecuatoriano utiliza la expresión 'prueba material', en su artículo 91, para referirse a los resultados de la infracción, sus vestigios y los instrumentos con que se cometió. Aunque ambos usos se superponen en vastas áreas, es posible que no sean exactamente equivalentes (por ejemplo el CPP ecuatoriano trata la prueba documental de manera independiente). La diferencia no es relevante. Para los efectos de este curso, utilizaremos la expresión 'prueba material' para referirnos a toda evidencia 'no viva', fundamentalmente objetos y documentos.

b) Estas pruebas, por definición, son producidas sin inmediación: los jueces no estaban allí cuando el arma pasó a ser el arma homicida o cuando fue hallada en el sitio del suceso; no estaban allí cuando las partes firmaron la escritura, ni cuando la sangre manchó las ropas del acusado.

Estas características tienen como consecuencia que el mero objeto o documento no sean, en sí mismos, información de calidad suficiente, al menos porque no podemos estar seguros de que sean, efectivamente, lo que la parte que los presenta dice que son; esto porque no tenemos razón alguna para depositar confianza especial en dicha parte. Ésa es toda la gracia del juicio: no hay confianzas preestablecidas. El fiscal tiene una carga probatoria, el defensor puede jugar a desacretitar el caso del fiscal hasta hacerlo caer por debajo del estándar, o bien puede acreditar su propia defensa afirmativa; pero, en todo caso, todo se remite al lenguaje de la prueba y de la credibilidad concreta de la misma; por fuera del mundo de la prueba, no tienen porqué existir concesiones para nadie (tanto al fiscal como al defensor les pagan por ganar este caso).

La producción de prueba material en el juicio, en consecuencia, se rige por dos lógicas en tensión: de una parte, la lógica de la desconfianza; de la otra, la lógica del sentido común.

2. La lógica de la desconfianza

La lógica de la desconfianza puede ser resumida en la siguiente fórmula: "nadie tiene porqué creer que esto es lo que la parte dice que es, simplemente porque ella lo diga". Nadie tiene porqué creer que este cuchillo es el cuchillo encontrado en el sitio del suceso, simplemente porque el fiscal lo diga. Nadie tiene porqué creer que este cuaderno que presenta el defensor es el diario de vida del testigo, simplemente porque él lo diga. Recordemos -una vez más- que los jueces toman contacto con el caso por primera vez en la audiencia del juicio oral y, puesto que se toman en serio el principio de imparcialidad, no están dispuestos a conceder credibilidades preconcebidas a ninguna de las partes. Nadie tiene porqué creer que el objeto o documento que presenta la parte sea lo que ella pretende que es; ¿cómo saber que no lo falsificó, inventó o alteró? ¿Sólo porque creemos que es un abogado noble y probo? En principio, en el juicio oral no hay confianzas preconcebidas, de manera que, si el fiscal pretende que este cuchillo ensangrentado que trae al juicio es el arma hallada en el sitio del suceso, tiene que presentar información sobre eso, más allá de su propia palabra. Lo mismo para la defensa: si pretende que este diagrama grafica el barrio donde los hechos ocurrieron, tiene que ofrecer acreditación respecto de esto. ¿Puede la defensa simplemente pararse y decir: "quiero introducir este diagrama que representa el lugar donde ocurrieron los hechos"?; ¿puede el fiscal, simplemente, pararse y decir: "aquí tengo este enorme cuchillo ensangrentado, que es el que fue recogido de la escena del crimen"?

La principal consecuencia de la lógica de la desconfianza es la exigencia de que los objetos y documentos deban, en general, ser "acreditados" (o cualquiera otra denominación que se adopte para esta idea); esto es, que alguien declare que efectivamente aquel objeto corresponde a aquello que la parte pretende que es. Esto implica que los objetos y documentos deben ser ingresados al juicio a través de testimonio.

Esta exigencia de acreditación proviene tanto de las reglas de la prueba como de consideraciones de litigación.

Desde el punto de vista de las reglas de la prueba, la acreditación es una exigencia de admisibilidad. Como se recordará, un sistema de libre valoración de la prueba opera según la

máxima general de "todo entra, mas no todo pesa". Lo que la máxima refleja es que, en general, las cuestiones relativas a la prueba serán cuestiones de credibilidad, no cuestiones de admisibilidad. Así, por ejemplo, casi todas las causales de tacha de los viejos sistemas inquisitivos pasan de ser causales de inadmisibilidad -que impedían que la prueba fuera escuchada- a ser, eventualmente y según el testimonio concreto, cuestiones de credibilidad (escuchamos al testigo, pero luego decidimos cuán creíble es su testimonio).

Esto, sin embargo, no quiere decir que se supriman completamente las cuestiones de admisibilidad de la prueba en un sistema de libre valoración. Una de esas cuestiones está constituida por la relevancia de la prueba. Aun en un sistema de libre valoración, la prueba irrelevante no es admisible. Pues bien, el fiscal anunció que presentaría el cuchillo encontrado en poder del acusado al momento de la detención. Ese cuchillo es relevante porque -y si es que- es el cuchillo encontrado en poder del acusado al momento de la detención. Si es simplemente un cuchillo, no se ve cómo ese puro hecho avance la teoría del caso del fiscal de ningún modo y, por lo tanto, no es relevante. Ahora bien, la proposición fáctica: "este es el cuchillo hallado en poder del acusado al momento de ser detenido" es, en tanto proposición fáctica, completamente equivalente a la de "el acusado fue el que mató a la víctima" o "la mató por celos". Todas son proposiciones fácticas igualmente merecedoras de prueba. Y, tal como no estamos dispuestos a dar por por probado que el "imputado fue quien mató a la víctima" -o que "lo hizo por celos"- simplemente porque el fiscal lo dice, no hay ninguna razón, tampoco, para aceptar que "este cuchillo es ése" simplemente porque él lo afirma.

Debe tenerse presente que, desde el punto de vista del diseño general del sistema, es una mala opción pretender que las actas o registros de la propia investigación constituyan la prueba independiente que las necesidades de acreditación exigen. Típicamente, el registro de la investigación del fiscal, el hecho de que el fiscal se pare y diga: "este es el cuchillo encontrado en el sitio del suceso porque aquí tengo el acta de incautación de especies que hizo la policía…" es perfectamente equivalente a que el fiscal diga: "este cuchillo es ese porque yo lo digo…". En un juicio genuinamente oral, la investigación no tiene valor probatorio, y, si el fiscal quiere ingresar el cuchillo, necesitamos ver a ese policía en el estrado (o a cualquier otro testigo idóneo), en condiciones de inmediación y sometido a completa contradictoriedad.

De esta suerte, la falta de acreditación es causal de una legítima objeción por parte de la contraparte, objeción tendiente a impedir que el objeto o documento se utilice en juicio mientras un testigo idóneo no dé cuenta de su origen y fidelidad. A su turno, si el objeto o documento no es ingresado al juicio, no puede ser utilizado como prueba, ni en la argumentación de las partes ni en el razonamiento judicial.

Debe entenderse que ésta es una discusión a nivel de la admisibilidad de la prueba, que deja completamente a salvo la cuestión de credibilidad. Por así decirlo, la exigencia de acreditación responde a la pregunta "¿bajo qué supuesto vamos a permitir que el fiscal -en este ejemplo- ingrese en el debate este cuchillo, pretendiendo que es ése cuchillo?" Su correcta acreditación sólo posibilita al fiscal para ingresarlo en la prueba y referirse a dicho objeto como "el cuchillo que la policía dice haber hallado en poder del acusado", lo cual no obsta en absoluto a que los jueces, en definitiva, no confieran credibilidad a dicha proposición fáctica. Son estándares diferentes: tal vez el testimonio del policía alcance para ingresar el objeto, pero no para que los jueces crean en definitiva el relato en el que dicho objeto se inserta. Supongamos, por ejemplo, que los jue-

ces creen que el policía ha mentido en otras porciones de su testimonio; nada obsta, en consecuencia, a que digan en la sentencia que, habiendo llegado a la convicción de que el policía mentía en dichos puntos, no saben si no mintió también en relación al hecho de haber encontrado el cuchillo en poder del acusado.

Como ya dijimos, no sólo desde el punto de vista de las reglas de la prueba, sino también desde las consideraciones estratégicas de litigación, las partes deben acreditar la prueba.

La primera de estas consideraciones dice que muy rara vez la prueba “habla por sí misma”. Hay que insertar a la prueba en un relato. Ese cuchillo, esas ropas ensangrentadas, esa escritura, esos libros de contabilidad, son elementos poderosos porque se insertan en el relato de nuestra teoría del caso. Constituyen una prueba de proposiciones fácticas que los testigos y los peritos afirman. La completa explotación de un objeto o documento, en tanto prueba, entonces, se produce en la medida en que yo pueda insertar dichos objetos y documentos en el relato de mi teoría del caso. Y eso debe ser hecho a través del testimonio de esos testigos y peritos. Ingresar la prueba material, simplemente, para tirársela a los jueces arriba del estrado disminuye la información que podemos obtener de esos objetos y documentos, dejándola entregada a la fortuna de que (¡ojalá!) los jueces obtengan de ellos la información que nosotros sabemos ellos contienen.

En segundo lugar, queremos evitar también los defectos de credibilidad que vienen aparejados con la falta de acreditación. Un buen litigante quiere ponerse a salvo de la icrcunstancia de tener a la contraparte en el alegato final diciéndole al tribunal cosas como ésta: “...la fiscalía pretende sacar conclusiones sobre este cuchillo... sin embargo, no tenemos ninguna razón para creer que ese es el cuchillo encontrado en la casa de la víctima... hubiese sido muy útil que alguien nos dijera que en verdad fue hallado un cuchillo allí, eso podría arrojar luz sobre los hechos, pero lo cierto es que lo único que hemos oído es que el fiscal dice que ese es el cuchillo; obvio, el mismo fiscal que dice que mi cliente es culpable... si de él dependiera, este juicio no sería en absoluto necesario ¿verdad? Pero este juicio es necesario para que el fiscal pruebe su acusación, más allá de su propia palabra; y sus propias palabras son lo único que hemos oído respecto de este cuchillo...”. Ese mismo fiscal, respecto del diagrama presentado por la defensa, podría señalar: “...la defensa presentó este diagrama para mostrarnos cuánta distancia había entre el lugar en que ocurrieron los hechos y el lugar en que el sospechoso fue detenido por Carabineros; con esto pretende que concluyamos que no pudo haber recorrido toda esa distancia en tan poco tiempo y, por lo tanto, que él no cometió el delito; sin embargo, no sabemos nada de este diagrama... no sabemos si está hecho a escala o no, por un dibujante o por el hijo menor de mi distinguido colega... quizás las distancias no estén fielmente representadas, quizás hayan sido accidentalmente dibujadas con holgura, para bendición de la defensa... sería muy útil saber si ese diagrama representa fielmente la realidad, pero lo cierto es que no escuchamos ninguna palabra acerca de esto en el juicio...”.

La acreditación de la prueba material se traduce concretamente en el juicio mediante la necesidad de que alguien -un testigo en este sentido- esté en condiciones de declarar acerca de la procedencia del objeto y su fidelidad. Así, por ejemplo, el policía que concurrió a la escena del crimen podrá reconocer el cuchillo como aquél recogido por él al concurrir al lugar; asimismo, la víctima podrá señalar que el mapa representa fielmente el barrio donde vive. Ya veremos que, para realizar el procedimiento de acreditación, muchas veces contamos con diversos testigos, incluso los de la contraparte.

3. La lógica del sentido común

La segunda lógica en competencia -en tensión con la lógica de la desconfianza- es lo que podríamos llamar la lógica del sentido común. En virtud de esta lógica, hay objetos y documentos cuya naturaleza o autenticidad es tan evidente que sus exigencias de acreditación disminuyen ostensiblemente, o desaparecen. Estos casos son mucho menos que los que solemos creer. Sin embargo, hay casos en los que, por ejemplo, la estandarización de los documentos o la obviedad de la identidad de un objeto traslada la carga de la discusión más bien hacia la parte que desea controvertir su autenticidad. Pensemos, por ejemplo, en que el defensor desea presentar una página de El Comercio, relevante para el juicio (por ejemplo, porque el diario fotografió al imputado en otra ciudad el día en que se supone cometió el crimen). El Comercio es uno de los principales diarios del país y la mayoría de las personas están familiarizados con él; la página presentada por el defensor parece exactamente una página de El Comercio y, probablemente, dada la estandarización del documento y la familiaridad de todas las personas con el mismo, el tribunal pueda decidir que no es necesario traer al editor de El Comercio para atestiguar que ésa es efectivamente una página correspondiente a la edición de la fecha en cuestión. En este caso, si el defensor desea plantear que el fiscal fabricó la página en cuestión, entonces la carga de la prueba se traslada y será éste quien deberá presentar un caso serio respecto de la falsificación (salir de pesca en este sentido tampoco debiera ser tolerado por el tribunal). Veamos otro ejemplo: supongamos que el fiscal toma un cuchillo de su escritorio y dice “le voy a mostrar el cuchillo que encontramos en el sitio del suceso...”; pues bien, todos estamos familiarizados con esos objetos llamados “cuchillos”, de manera que el tribunal puede no tener problemas en aceptar la afirmación ‘este objeto es un cuchillo’. No obstante, la parte de la afirmación ‘...que hallamos en la escena del crimen’ es otra historia: nadie tiene por qué aceptar la pura palabra del fiscal al respecto -ni los antecedentes, actas o registros de su propia investigación, que, para estos efectos, es lo mismo- y, a ese respecto, el cuchillo debe ser acreditado para poder ingresar en la prueba. En general, para evitar estos problemas, es una buena idea establecer en los tribunales un sistema de marcación de los objetos y documentos, como propondremos más adelante.

Nótese que, en la órbita de la prueba documental, la idea de que ciertos documentos pueden tener muy bajas o ninguna exigencia de acreditación inicial -que pueden, por así decirlo, “autoacreditarse”, al menos en principio- no responde a la distinción clásica entre instrumentos públicos o privados. Desde el punto de vista de un sistema de libre valoración, una escritura pública no hace fe respecto de nada (siempre es posible probar que, incluso en el hecho de haberse otorgado, o en su fecha, es falsa) y, a su turno, hay instrumentos privados que pueden ser igual o más confiables que sus equivalentes públicos. Hay instrumentos públicos que merecen la máxima desconfianza por parte del sistema (por ejemplo, los registros policiales), así como documentos privados cuya estandarización, en principio, los dota de altos grados de confianza (por ejemplo, la citada página del diario). La lógica del sentido común tiene que ver con el sentido común: dado el documento del que estamos hablando, su modo de producción (especialmente su estandarización) será, entre otros, en donde el sentido común nos llama realmente a invertir la carga de la controversia acerca de su origen o fidelidad.

4. La Prueba Material en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano:

El CPP ecuatoriano tiene un conjunto de normas vinculadas a los objetos y documentos que, en general, no están diseñadas en la lógica que acabamos de describir pero que, sin embargo, pueden ser interpretadas de manera que resulten compatibles con ellas.

Un primer problema que surge del CPP es, entonces, que sus normas no están en la lógica que acabamos de describir: no hay una exigencia expresa de acreditación de los objetos y documentos y el CPP opera más bien en el formato de que hay que creerle a las partes que lo que están exhibiendo es lo que ellas dicen, o bien el propio tribunal suple la labor de las partes a este respecto (ver, por ejemplo, el artículo 301); algunas normas se refieren a la exhibición de los mismos, pero sólo en relación con el acusado (ver artículo 296), pasando en silencio por el tema de la utilización de objetos y documentos en la declaración de testigos; y, en fin, tampoco está claro, desde las normas del CPP, el modo de incorporación de objetos y documentos al debate (¿se puede hacer un documento que resuma otros documentos, por ejemplo libros de contabilidad?; ¿se puede leer sólo una parte del documento?; ¿se pueden usar objetos que, aunque no sean los del delito, las partes pretendan utilizarlos como prueba puramente demostrativa?, etc.).

Un segundo problema consiste en que el CPP contiene regulaciones del tipo 'manual' respecto de la investigación fiscal. Así, por ejemplo -en la parte que nos ocupa-, los artículos 150 y siguientes señalan qué debe hacer el fiscal al interceptar comunicaciones privadas de las personas. En dicha regulación, la actividad del fiscal genera a su turno un acta -un documento- con el resultado de la diligencia. La primera cuestión que debe tenerse presente a este respecto es que la actividad fiscal es estrictamente preparatoria y, por lo mismo, no configura prueba en sí misma. De esta suerte, por ejemplo, el acta de apertura de cartas incautadas no debe ser considerada prueba en ningún caso; en cambio, las cartas mismas podrán serlo en la medida en que sean acreditadas, según explicábamos más arriba y del modo que mostraremos en este capítulo.

Un tercer problema es la imagen que plantea el artículo 296, en el sentido de que los objetos y vestigios deben ser reconocidos (por el imputado) una vez "concluida la declaración". Esta formulación responde más bien a la vieja imagen de prueba legal, en virtud de la cual una cosa es la prueba testimonial y otra completamente distinta la prueba material, de manera que uno primero obtiene el testimonio y después presenta el objeto. Esta imagen, como decíamos más arriba, no armoniza con la dinámica de litigación en un juicio oral en donde las declaraciones, los objetos y los documentos se van entremezclando al servicio del relato que subyace a las respectivas teorías del caso.

Una cuarta cuestión problemática en relación con que la regulación del CPP ecuatoriano es que contradice derechamente su propia manifestación de estar estableciendo un sistema de libre valoración de la prueba (sana crítica, artículo 86). Esta contradicción se da cada vez que el CPP regula por ley el modo de probar determinados delitos o el valor asignado a determinadas pruebas, y las manifestaciones de esta contradicción son múltiples. En el tema que nos ocupa, resulta problemática la valoración de los documentos conforme a su naturaleza de documento 'público' o 'privado' consagrada en el artículo 157.

Con todo, creemos que es posible construir, desde las normas del CPP, una interpretación que permita operar la prueba material en la lógica que describíamos en los primeros pá-



rrafos de este capítulo. La clave para la práctica interpretativa en este sentido está en el juego de los artículos 79, 91 y 84.

El artículo 79 establece que la regla general es que la prueba debe ser producida en juicio. Luego, todo lo obrado durante la investigación de las partes es puramente administrativo (en el caso del fiscal o del defensor público) o meramente privado (en el caso de la defensa privada) y, en consecuencia, ninguna parte puede invocar sus propias actividades de investigación para acreditar que los objetos o documentos que está presentando son lo que dicha parte dice que son. Así, por ejemplo, no tiene ninguna importancia que el fiscal haya abierto una carta incautada delante de diez testigos, el fiscal no puede simplemente pararse en el juicio y decir 'aquí tengo esta carta que escribió el imputado': necesita acreditarla.

Esta idea es nítidamente ratificada por el artículo 84, cuando señala que 'se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso'. Así, las proposiciones fácticas relativas a que 'los objetos y documentos que exhibo hoy corresponden a lo que pretendo que son' constituyen afirmaciones 'de interés para la correcta investigación del caso' y, por lo tanto, requieren ser probadas. A su turno, al igual que no es posible probar la existencia del delito, la participación del acusado o su coartada basándose para ello en los meros dichos del fiscal, o del defensor en su caso, así tampoco es posible dar por acreditado que los objetos y documentos son lo que la parte que los presenta pretende que son, simplemente por los dichos de éstas.

Por último, el artículo 91 puede ser construido también desde la interpretación judicial en este mismo sentido: señala, a propósito de la prueba material, que ésta debe ser recogida y conservada 'para ser presentada en la etapa del juicio'. La práctica interpretativa de los tribunales debiera entender que 'presentada en la etapa de juicio' significa no sólo el acto de llevarla a dicha audiencia, sino su acreditación del modo que hemos venido diciendo.

En lo que sigue, sugeriremos un tipo de práctica de acreditación de objetos y documentos que, nos parece, podría razonablemente desarrollarse a la luz de las normas que se refieren al tema en el CPP ecuatoriano. Recurriremos asimismo a la experiencia comparada para suplir vacíos o aportar luces acerca de prácticas concretas que se utilizan en la materia.

5. Acreditación

A pesar de que la acreditación de los objetos y documentos es un procedimiento sencillo que se desarrolla generalmente al interior de un examen o un contraexamen, cada uno de estos ítems -objetos, por una parte, y documentos, por la otra- tiene algunos cuidados particulares que es necesario revisar por separado.

A continuación, sugeriremos un tipo de práctica de acreditación de objetos y documentos que satisface la necesidad de acreditación, tanto desde la lógica normativa de la prueba como desde las necesidades estratégicas de litigación. Es necesario advertir que las prácticas que sugeriremos no constituyen la única forma de acreditación, sino simplemente una recomendación que facilita el trabajo del litigante en el juicio.

5.1. Objetos

A continuación, ofrecemos un esquema que, a nuestro juicio, satisface la exigencia hecha a las partes en este sentido:

<u>1° paso:</u> Elijo a un testigo idóneo para reconocer el objeto. Generalmente esto

coincidirá con la necesidad de utilizar el objeto para el examen o contraexamen del testigo que reconocerá el objeto, aunque no hay necesidad de que sea así. Es posible, también, que un mismo objeto pueda ser acreditado por más de un testigo.

2º paso: Le exhibo el objeto al testigo, preguntándole si lo reconoce.

Ejemplo: "Le voy a mostrar lo que ha sido previamente marcado como el objeto Nºx de la parte que represento (ya se trate de la fiscalía o de la defensa). ¿Lo reconoce? ¿Podría decirnos qué es?"

3º paso: Le pido al testigo razones de su reconocimiento. "¿Cómo lo reconoce?" ("¿cómo sabe que es el arma encontrada en la escena del crimen considerando que hay miles de armas iguales a ésta?…"; "¿cómo sabe que es la ropa que llevaba puesta el imputado al momento de la detención?...").

4º paso: Utilizo el objeto (hago que el testigo relate los hechos en el diagrama, le pido al perito que muestre en qué posición fue hallada la huella digital en el arma, le pido al imputado que vista la chaqueta del modo que la llevaba ese día, lo ingreso como prueba si es el caso, etc.). En suma, inserto el objeto en el relato.

Algunas observaciones relativas a este procedimiento de acreditación:

a) El testigo debe ser 'idóneo' (1er. paso), en el sentido de que pueda genuinamente reconocer el objeto y dar razones que hagan verosímil dicho reconocimiento. Así, por ejemplo, si el detective que investigó el caso no se hizo cargo de él desde sus inicios, tal vez no sea idóneo para acreditar el arma como aquella encontrada en el sitio del suceso; el jefe del servicio médico legal no es necesariamente idóneo, por el simple hecho de ser el jefe, para decir que cierta muestra corresponde al peritaje, si él no hizo dicho peritaje personalmente. Hay testigos que son naturalmente idóneos para realizar la acreditación del objeto en cuestión: típicamente, por ejemplo, el policía que recogió el arma en el sitio del suceso o la persona que reconoce un objeto propio. En ocasiones, sin embargo, la idoneidad del testigo exige más trabajo y construcción: supongamos que el policía que recogió el arma en el sitio del suceso no está disponible para el juicio (murió o está impedido). Si es que podemos o no ingresar el arma hallada en el sitio del suceso, dependerá de en qué condiciones –en genuinas condiciones- de formar convicción en el tribunal nos hallemos, en el sentido de que "esta pistola es ésa": tal vez el compañero del policía que la recogió pueda dar suficientemente cuenta de ello, si es que las circunstancias fácticas alcanzan (lo cual no es necesariamente así); tal vez el compañero del policía que recogió el arma lo vio cuando la guardaba en la bolsa de evidencia; tal vez el policía le dijo a su compañero "encontré está pistola junto al cadáver"; tal vez todo eso ocurrió en un tiempo muy inmediato, apenas habían llegado al lugar; en fin, tal vez el tribunal, a partir del testimonio del compañero, estime suficientemente acreditado el origen de la pistola para efectos de su admisibilidad (y ya veremos qué ocurre en el juicio, a nivel de la credibilidad concreta).

b) La referencia a un sistema de marcación de los objetos por parte del tribunal (2º paso) es un mera sugerencia y depen-

derá de cuál sea la práctica que finalmente desarrollen los tribunales al respecto. De lo que se trata en definitiva es de que la información provenga del testigo y no que el abogado sea quien la sugiera; es cierto que, de no instaurarse en los tribunales un sistema de marcación de los objetos, todavía es posible evitar la sugestividad y realizar un pregunta del tipo: “le voy a mostrar un objeto, ¿podría decirnos si los reconoce?”; el punto es que el tribunal y la contraparte deben estar alertas a que la pregunta no sea hecha sugestivamente, sustituyendo el abogado el reconocimiento que debe ser hecho por el testigo (“¿son estos los desodorantes que usted vio en la tienda el día antes del robo?”). Para ello, un sistema de marcación facilita las cosas.

c) Asociado al tercer paso, se encuentra el tema de la “cadena de custodia”, especialmente relevante para la actividad policial y para los peritajes. Con mucha frecuencia, ocurre que la posibilidad de que un testigo esté efectivamente en condiciones de decir “este objeto es ése” -allí donde el objeto en cuestión es indistinguible de otros muchos similares o idénticos- depende de la existencia de procedimientos que, precisamente, pongan al testigo en dichas condiciones: procedimientos de marcación de los objetos y de manipulación e intervención sobre los mismos.

Usualmente, la cadena de custodia toma la postura de que los objetos recogidos o incautados sean marcados o rotulados de una cierta manera que los vincule al caso, exigiendo además algún tipo de constancia de quiénes los han manipulado en cada eslabón de la cadena, hasta su presentación en juicio.

Con demasiada frecuencia -especialmente en los países latinoamericanos sin demasiada experiencia en genuinos juicios adversariales- la exigencia de una cadena de custodia se pone de moda como una especie de requisito puramente formal, sin real comprensión de que todo el tema con la cadena de custodia es situar a un testigo en condiciones de poder genuinamente decir “este objeto es ése”. Así, con frecuencia la cadena de custodia pasa a ser comprendida como una especie de requisito procesal -de hecho la mayoría de las legislaciones contemplan normas detalladas al respecto-, lo cual es un problema en ambos extremos de la balanza, pues hace olvidar a las partes y a los jueces que lo que se requiere para que un testigo sea idóneo para reconocer un objeto depende de las circunstancias concretas del caso, tanto del testigo como del objeto. Así, por ejemplo, mientras más singular sea el objeto, menos exigencias habrán para la cadena de custodia, en términos de la posibilidad real de un testigo de decir “este objeto es ése” -por ejemplo, el arma homicida que el policía está reconociendo es un machete africano, con mango de marfil negro y unos elefantes tallados. De esta suerte, el mero hecho de que la cadena de custodia no haya sido rigurosa, no excluye automáticamente la posibilidad de acreditar un objeto.

Lo anterior a nivel de la admisibilidad. Todavía, el litigante deberá hacerse cargo, al acreditar la cadena de custodia, de temas adicionales como la fidelidad -que -el objeto no haya sido alterado- y las condiciones de conservación de la especie. Pero, de nuevo, esto en la medida en que ello sea realmente relevante, y, probablemente las más de las veces, a nivel de la credibilidad y no de la admisibilidad del objeto.

Supongamos que el policía reconoce el cuchillo que le exhiben como aquel que fue hallado en poder del acusado y da buenas razones para ello; supongamos que el defensor objeta la incorporación del cuchillo en la prueba por falta de acreditación, señalando que el policía no puede asegurar que la sangre que el cuchillo tiene en la hoja estaba allí o fue plantada por la policía, digamos que porque el ac-

ta de incautación de la especie no dice nada acerca de ninguna sangre -sugiriendo alteración de la especie-; nada obsta a que, en este caso, el tribunal deniegue la objeción -aceptando la admisibilidad y permitiendo por ende la incorporación del cuchillo en el debate- aunque ello no quiera decir en absoluto que, a nivel de la credibilidad, el tribunal llegue a la conclusión de que la sangre fue puesta allí por la policía. La credibilidad es simplemente materia de contraexamen.

Así, por ejemplo, si en el tribunal se va a exhibir el cuchillo hallado en el sitio del suceso, la cadena de custodia podrá ir como sigue: el policía convocado el día de los hechos encontró el cuchillo; lo marcó de alguna manera, como modo de identificarlo con este caso preciso; lo puso en una bolsa sellada, de manera que nadie más tenga acceso a él y de modo que los elementos naturales (humedad, calor, frío, suciedad...) no alteren la posible evidencia que pueda contener (sangre, huellas dactilares); dejó esta prueba así marcada y sellada en un depósito de la policía o del Ministerio Público, a cargo de un responsable identificado. Hasta aquí llega la porción de la cadena de custodia de la que puede dar cuenta el policía. Quizás haya sido él mismo quien haya llevado la prueba al laboratorio donde se practicaron las pericias, en cuyo caso nos podrá dar cuenta también de eso. Si no, quien sea el que continúe la cadena de custodia deberá dar cuenta de ella en el juicio.

La cadena de custodia debe ser parte de los procedimientos policiales y periciales, de lo contrario abrirá líneas de cuestionamiento respecto de la prueba material en el contraexamen, lìneas que apuntarán a la falta de rigor de dichos procedimientos y a cómo no podemos estar seguros de que no se haya confundido este cuchillo con otro de las docenas de cuchillos en poder de la fiscalía para otros casos, o a cómo no podemos estar seguros que los resultados de las pericias no hayan sido producto del estudio de alguno de esos otros cuchillos, de otros casos. Esto es particularmente cierto si hay testigos de la contraparte que no están dispuestos a reconocer el cuchillo que se les presenta como aquel hallado en el sitio del suceso (por ejemplo, el imputado declara nunca haber portado el cuchillo que trajo la fiscalía al juicio y que fue reconocido por el policía como aquel encontrado al momento de la detención; el imputado señala, además, que va a presentar testigos que van a declarar esto mismo). A continuación un ejemplo del procedimiento:

P: *Detective Manríquez, una vez que detuvo al sospechoso, ¿lo registró?*

R: *Sí, señor.*

P: *¿Produjo ese registro algún resultado?*

R: *Sí, encontré un revólver en el bolsillo del sospechoso. (El detective Manríquez se transforma en un testigo idóneo para reconocer dicha arma.)*

P: *(El fiscal toma el arma que se encuentra en su poder en una bolsa.) Detective Manríquez, le voy a mostrar lo que ha sido marcado como el objeto N°1 de la fiscalía, ¿lo reconoce?*

R: *Sí, señor, es el revolver que portaba el sospechoso ese día.*

P: *¿Y cómo sabe usted que se trata del mismo revólver?*

R: *Bueno, en primer lugar porque se trata de un revólver marca Colt, calibre 38, color café con cacha de madera de color café claro, todo lo cual coincide con el arma del acusado. Además, una vez que lo encontré puse un autoadhesivo con mis iniciales en el marco del gatillo, así como con un código que relaciona el arma con el caso al que se vincula.*

P: *¿Ese es el procedimiento normal?*

R: *Sí, señor, así no confundimos las pruebas de cada caso.*

P: *¿Qué hizo con el arma?*

R: *La puse en la bolsa plástica de evidencia y la sellé.*

P: *¿Para qué hizo eso?*

R: *Bueno, ése también es un procedimiento normal. De esta manera me aseguro que nadie toque el arma o cualquier otra pieza de evidencia hasta que ésta llegue a nuestro laboratorio. De este modo nadie pude alterar la prueba y sólo yo soy responsable por ella, al menos hasta que la entrego al laboratorio.*

P: *(Estoy en condiciones de utilizar el objeto.) Detective Manríquez, ¿podría mostrarle al tribunal dónde exactamente llevaba el revólver el sospechoso? (Si el fiscal hubiera partido con esta pregunta, la defensa habría podido legítimamente decir algo así como: "señor presidente, no hay ninguna señal en este juicio que diga que esa arma fue hallada en poder de mi cliente el día de los hechos..."; o bien, lo que es lo mismo -más corto y resumido- la defensa podría simplemente haber dicho: "objeción, falta de acreditación".).*

5.2. Documentos

En el caso de los documentos, hay que distinguir entre dos "instituciones" que, aunque mortalmente parecidas (desde el punto de vista de los riesgos que representa para el sistema su confusión), obedecen a lógicas distintas; una cosa es la prueba documental y otra, diferente, las declaraciones previas.

La prueba documental constituye prueba y puede ser incorporada como tal; las declaraciones previas, como hemos visto con anterioridad, nunca constituyen prueba y sólo pueden ser utilizadas de una manera muy específica para evaluar la credibilidad de un testigo. La distinción entre declaraciones previas y prueba documental es de fundamental importancia, especialmente en nuestros países latinoamericanos, en los que una de las principales formas para desvirtuar la reforma hacia juicios genuinamente orales ha sido, precisamente, la incorporación del expediente como prueba documental. La importancia de esta cuestión nos ha hecho dedicarle a este tema un capítulo especial.

Cuando decimos "*prueba documental*", entonces, nos referimos a instrumentos públicos o privados que contienen información relevante para el caso de fondo, producida en ámbitos externos al sistema de persecución penal -fiscalía o policía- (incluso ante los jueces en las etapas preliminares del proceso) y que no substituyen al testimonio. Así, por ejemplo, la escritura de sociedad celebrada por el imputado a través de la cual materializó el fraude, o la página del diario El Comercio en donde aparece la foto del imputado.

Técnicamente, alguien podría sugerir que el acta en que consta, por ejemplo, la confesión del imputado o la declaración de un testigo ante el aparato de persecución viene a ser, bajo esta definición, prueba documental. Y, técnicamente, tal vez sea así. El punto es que, en el caso de los documentos producidos por el propio sistema de persecución para el caso concreto, el sistema ha tomado una opción política. Esta opción política tiene muchas justificaciones y no es materia de este libro, pero estas justificaciones están asociadas a la protección del juicio oral y a los fuertes incentivos estructurales que existen para que las partes prefabriquen su propia prueba.

De esta suerte, conviene distinguir varias situaciones que pueden confundirse a propósito de la prueba documental. Las situaciones que mencionamos seguidamente constituyen un primer esfuerzo por iniciar el debate en torno a los "papeles", pero de ninguna manera pretendemos agotar la sofisticación de las cuestiones probatorias asociadas a ellos:

a) Declaraciones producidas por el sistema de persecución penal, por ejemplo, las declaraciones prestadas ante la fiscalía y/o la policía. Este tipo de declaraciones no constituyen prueba en ningún caso, y sólo pueden ser utilizadas en el juicio como elemento de juicio de la credibilidad del testigo que las realizó, sea para refrescar la memoria de dicho testigo o bien para demostrar inconsistencia entre su testimonio en el juicio y dicha declaración previa. Luego, si el testigo no está disponible para el juicio, la declaración no puede ser utilizada.

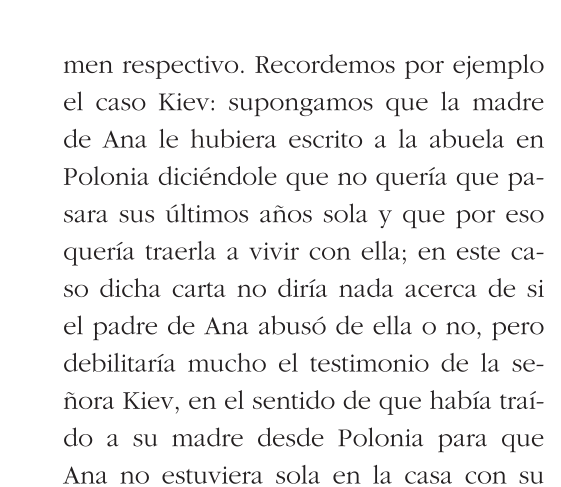
b) Declaraciones previas realizadas fuera del sistema de persecución penal (una carta, libros de contabilidad, un diario de vida, etc.). Aquí hay cuatro hipótesis[19]:

- ***b.1)*** Si la declaración fue hecha por un testigo y dicha declaración tiende a probar los hechos del caso de fondo, esa información debe siempre ser aportada por el testigo en el juicio oral y la información escrita no podría nunca utilizarse, sino por esa vía. Pretender introducir la declaración previa como prueba documental implicaría substituir testimonio, lo que está prohibido por la lógica general de la contradictoriedad y la inmediación. Pensemos en el siguiente ejemplo: Clodomiro le escribe una carta a su novia diciéndole que Juan le habría confesado en privado haber cometido el homicidio; ¿puede el Ministerio Público hacer uso de la carta?; *¿cambia en algo la situación que Clodomiro esté presente o no en el juicio?*

Si la fiscalía quiere ingresar al debate esta información -la de que Clodomiro habría escuchado a Juan admitir el homicidio- tiene que traer a Clodomiro al juicio. Este testimonio no se puede sustituir por la carta: aun salvando las cuestiones de acreditación (digamos que tenemos, por ejemplo, un peritaje caligráfico, supuesto que eso alcanzara), no hay cómo salvar los defectos de contradictoriedad (la carta no puede ser contraexaminada) e inmediación (no se puede saber cómo se produjo). De esta suerte, si la fiscalía no cuenta con Clodomiro para el juicio, no puede incorporar esta información como prueba documental (o sea, el tribunal no puede usar la carta para acreditar los hechos del caso, la verdad es que ella ni siquiera puede ser leída en el juicio, mucho menos por los jueces). Si Clodomiro concurre, la carta puede eventualmente ser utilizada para refrescar su memoria o para demostrar inconsistencia con declaraciones previas. En algunos sistemas adversariales más consolidados, todavía las reglas de procedimiento o la práctica de litigación permitirían que el fiscal utilizara la carta para reforzar la credibilidad de Clodomiro, cuando y si es que el defensor cuestiona dicha credibilidad (o sea, si una línea de contraexamen del defensor dirigida a Clodomiro dice, por ejemplo, que él nunca mencionó a nadie antes la supuesta confesión).

- ***b.2)*** Si la declaración fue realizada por una de las partes (una carta escrita por el imputado, por ejemplo, en que explica a un amigo cómo piensa ejecutar el delito) y es relevante para los hechos de fondo, entonces estamos en presencia de prueba documental y puede ser utilizada como tal, en tanto se satisfagan las necesidades de acreditación de la prueba documental.

- ***b.3)*** Si la declaración previa fue realizada por quien está prestando testimonio en juicio (incluyendo al acusado) y ella no contiene información acerca del caso de fondo, pero sí respecto de la credibilidad del testimonio que se está actualmente prestando, se la puede utilizar con ese fin en el contexto del examen o contraexa-



men respectivo. Recordemos por ejemplo el caso Kiev: supongamos que la madre de Ana le hubiera escrito a la abuela en Polonia diciéndole que no quería que pasara sus últimos años sola y que por eso quería traerla a vivir con ella; en este caso dicha carta no diría nada acerca de si el padre de Ana abusó de ella o no, pero debilitaría mucho el testimonio de la señora Kiev, en el sentido de que había traído a su madre desde Polonia para que Ana no estuviera sola en la casa con su padre y de ese modo protegerla.

- ***b.4)*** Si la declaración previa fue realizada por un tercero -no la persona que está prestando testimonio en juicio- y dicha declaración (la del tercero) no es relevante para probar el caso de fondo, pero sí para la credibilidad del testimonio que se está actualmente prestando, la declaración puede ser utilizada con dicho fin. En este caso, todavía hay que distinguir la posibilidad de utilizar la declaración directamente o traer al juicio a quien la hizo, dependiendo del grado de controversia que haya sobre la misma, la seriedad de dicha controversia, el grado de estandarización del documento que la contiene, etc.

Veamos un ejemplo: en un caso por negligencia médica con resultado de lesiones, el defensor le pregunta a la víctima, en el estrado, si no es cierto que la clínica le advirtió de los riesgos de la operación. Supongamos que la víctima responde que la clínica jamás hizo eso. El defensor tiene una carta enviada por la clínica a la víctima, en que claramente hace dicha advertencia. La cuestión para el defensor no es ir sobre la advertencia como una cuestión de fondo, sino sobre el hecho de que la víctima está mintiendo acerca de este punto. Quiere exhibir la carta, explicar su origen, y leer la parte relevante. Las posibilidades son varias: tal vez si le exhibe la carta a la víctima, ésta la reconozca en el estrado. Si ello no ocurre y la víctima dice que jamás recibió ninguna carta, tal vez todavía el tribunal pueda admitir la carta sobre la base de que es un documento altamente estandarizado y que, por lo mismo, la carga de la desacreditación se desplaza al fiscal; por último, si el tribunal no estima que éste sea el caso de la carta (como, efectivamente, tal vez no sea), ante la negativa de la víctima a reconocer la carta, el defensor se verá obligado a traer al funcionario de la clínica que la envió, o al que lleva el registro de correo, o al cartero, o a quien sea que resulte idóneo para reconocerla.

c) Anticipación de prueba y otras formas excepcionales de incorporación al juicio de declaraciones por lectura (por ejemplo, los informes periciales en ciertas hipótesis o la inspección personal del tribunal). Éste es un caso excepcional, en el que declaraciones producidas por el propio sistema de persecución penal se incorporan, simplemente como documentos, a través de la lectura en el juicio del acta que contiene la respectiva diligencia.

5.3. Acreditación de la prueba documental

Los documentos -lo mismo que los objetos- exigen ser acreditados. El nuevo Código no distingue entre instrumentos públicos o privados, pero, dado que en el sistema de libre valoración de la prueba no hay credibilidades preconcebidas respecto de la evidencia, tal distinción tampoco es muy útil respecto del valor probatorio, como ya tuvimos oportunidad de señalar. Recordemos que, en materia de acreditación, esta distinción tiene probablemente alguna relevancia, en el sentido de que tal vez

sea razonable que los documentos públicos inviertan la carga de la prueba dependiendo de la confianza en las respectivas instituciones y la estandarización de dichos documentos (la lógica del sentido común), pero no demasiado más.

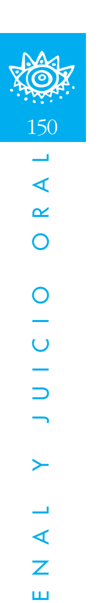
Habiendo necesidad de acreditar el documento, el procedimiento sigue muy de cerca al que describíamos a propósito de los objetos:

1° paso: Tenemos en el estrado a un testigo idóneo para reconocer el documento.
2° paso: Le exhibimos lo que ha sido previamente marcado como el documento XX (puesto que no es el informe de contabilidad de la empresa o la carta que el sujeto escribió, sino hasta que el testigo idóneo lo haya reconocido como tal).
3° paso: Le preguntamos si lo reconoce.
4° paso: Le pedimos explicaciones acerca de cómo lo reconoce.
5° paso: Utilizamos el documento en el examen leyendo la parte respectiva, un resumen o todo el documento, dependiendo del caso.

Aquí va un ejemplo:

Fiscal: *Sra. Martínez, le voy a mostrar lo que ha sido previamente marcado como la exhibición N°17 de la fiscalía. ¿Lo reconoce usted?*
Testigo: *Sí.*
Fiscal: *¿Podría usted decirnos qué es?*
Testigo: *Claro, es el balance general de la empresa, correspondiente al año 1999.*
Fiscal: *¿Y cómo sabe usted eso, Sra. Martínez?*
Testigo: *Bueno, soy la contadora de la empresa, yo misma lo confeccioné.*
Fiscal: *¿Y esa firma que aparece en la última página, es la suya?*
Testigo: *Correcto.*
Fiscal: *Sra. Martínez, le ruego que examine detenidamente el documentoº ¿ha variado en algo desde la última vez que usted lo vio?*
Testigo: *No, no me parece que tenga ninguna alteración.*
Fiscal: *Señor presidente, deseo ingresar la exhibición N°17 de la fiscalía en la prueba.*
PDTE: *¿Alguna objeción de la defensa?*
Fiscal: *No, su señoría.*
PDTE: *Queda marcado como la prueba N°5 de la fiscalía.*
Fiscal: *Señora Martínez, ¿podría explicarle al tribunal qué quieren decir las cifras destacadas en la columna de "egresos"?*
Testigo: *Bueno, esos son los pagos realizados por la empresa al señor Reyes durante el año 1999...*

En el ejemplo se aprecia el sentido del proceso de acreditación; el abogado no puede simplemente llegar al tribunal y decir: "tengo el balance de la empresaº confíen en mí, se trata del balanceº". En cambio, la señora Martínez se erige como una testigo idónea -ella confeccionó el balance- y habilita al abogado para ingresar el documento como prueba. Por cierto, la contraparte puede impugnar el testimonio de esta testigo con la declaración de otro, o por cualquier medio de prueba igualmente poderoso, en cuyo caso se abrirá allí un incidente respecto de la autenticidad del documento. La pregunta por las objeciones que hace el tribunal al defensor a esas alturas sólo se refiere a la cuestión de admisibilidad ("¿tiene objeciones en el sentido de que no esté suficientemente acreditado su origen?..."), y no a las cuestiones de credibilidad, que son materia de contraexa-



men ("¿es creíble el balance cuando registra pagos al señor Reyes?...").

6. Prueba "real" y prueba "demostrativa"

Tanto respecto de los objetos como de los documentos, la prueba puede ser "real" o meramente "demostrativa". La prueba real es aquella que efectivamente forma parte de los hechos del caso; sin embargo, muchas veces será útil para las partes utilizar una prueba demostrativa que, sin formar parte de los hechos del caso, los ilustran o los aclaran. Así, por ejemplo, un diagrama del sitio del suceso no hace sino ilustrar el lugar de manera que el abogado pueda, generalmente a través de un testigo, ilustrar o aclarar los hechos de un modo que sea más comprensible para el tribunal. En este caso, la prueba sigue siendo fundamentalmente el testimonio, meramente ilustrado por el diagrama.

La prueba demostrativa puede incluso utilizarse a falta de prueba real: por ejemplo, si no fue hallado el bate de béisbol con el que varios testigos declaran haber visto al imputado golpear a la víctima, la fiscalía podría todavía encontrar útil traer un bate de similares características (considerando, además, que todos son relativamente iguales) y preguntarle a los testigos si dicho bate representa en lo relevante (tamaño, peso, forma) a aquél con el que, según ellos, el acusado golpeó a la víctima. O bien, quizás la defensa quiera hacer esto para ilustrar que su cliente no habría podido manipular un bate de ese tamaño y peso. Por supuesto, siempre está abierta la discusión acerca de si realmente esta prueba meramente demostrativa es "fiel" a aquello que se desea ilustrar, y ése será precisamente el punto en el proceso de acreditación. En estos casos, entonces, la pregunta central no consiste en saber si el testigo reconoce lo que se le presenta como aquel objeto que participó en los hechos -difícilmente un diagrama podría hacerlo- sino, cosa distinta, si lo que se le exhibe es una representación fidedigna y adecuada de aquello que pretende representar. También aquí, por supuesto, el testigo debe ser idóneo para hacer tal afirmación. Veamos un ejemplo:

Fiscal: Señor víctima, le voy a mostrar lo que ha sido previamente marcado como el documento Nº13 de la fiscalía. Le voy a pedir que lo observe y que me diga si sabe de qué se trata.

Víctima: Sí, señor, es un diagrama de mi tienda.

Fiscal: ¿Es ésta una representación fiel de la distribución física de su tienda?

Víctima: Sí, señor.

Defensa: Objeción, señor presidente, no sabemos si este diagrama fue hecho por un dibujante técnico, ni si representa la tienda a escala y, por lo mismo, no sabemos si las dimensiones son correctas. No creo que el señor víctima sea idóneo para decirnos si éste es un diagrama técnicamente dibujado...

Pdte: ¿Señor fiscal?

Fiscal: Su señoría, la fiscalía no pretende que éste sea un diagrama dibujado a escala, ni que haya sido técnicamente dibujado en ningún sentido, y no pretendemos sacar ninguna conclusión respecto de las distancias o de las dimensiones. El diagra-

ma será ofrecido simplemente para ilustrar posiciones, y, en ese sentido, no veo quién más idóneo que el señor víctima para reconocer la disposición física de su propio negocio...

Pdte: Siendo así, no veo por qué no admitir su utilización. Prosiga, señor fiscal.

Fiscal: Señor víctima, ¿dónde estaba usted exactamente cuando dice haber visto al asaltante por primera vez....?

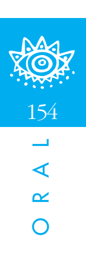
En este caso, la necesidad de acreditación no requiere que un testigo idóneo esté en condiciones de decir: "este diagrama está dibujado a escala" (pues no se pretende obtener ninguna información de él para la cual la "escala" sea necesaria), sino, en cambio, que el testigo esté en condiciones de decir: "este diagrama representa con fidelidad el negocio en otras cuestiones de las que vamos a hablar, por ejemplo, la disposición de las personas o de los objetos en su interior, tal como estaban en ese momento...". Se trata de prueba demostrativa, no de prueba real.



VIII. Prueba Material

Examen y Contraexamen de Peritos y Testigos Expertos





1. Introducción.

Hasta el momento vimos las técnicas básicas que debe manejar el abogado para la realización del examen directo y contraexamen de testigos. Ellas son, fundamentalmente, las mismas que requieren, para realizar tal labor los peritos o testigos que tienen experticia en determinadas materias. Sin embargo, el hecho de que el testigo disponga de un conocimiento técnico especial sobre la materia en la cual prestará declaración marca una diferencia respecto de cualquier otro testigo, en su modo de regular y ejecutar el examen y contraexamen. En esta medida, nuestra actividad de litigación debe también enfocarse de un modo distinto. En el presente capítulo nos dedicaremos a analizar cuáles son estas diferencias, las mismas que deben considerarse para planificar y ejecutar el examen y contraexamen de esta calidad especial de "testigos".

Antes de entrar al análisis detallado de las particularidades que el examen y contraexamen de peritos y testigos expertos imponen a los litigantes, conviene brevemente hacerse cargo de varias cuestiones preliminares, las mismas resultan indispensables el momento de comprender adecuadamente la lógica y dinámica que tiene la presentación de la prueba pericial y del testimonio de expertos en un sistema adversarial.

2. Definiciones básicas y objeto de la declaración de expertos.

Un primer grupo de cuestiones, que conviene aclarar, es quiénes son los peritos y los testigos expertos y cuál es el objeto de su testimonio en juicio. A continuación revisaremos ambos aspectos:

2.1 ¿Quiénes son los peritos y los testigos expertos?

La definición de quién es un perito no resulta demasiado compleja, ya que desde antes los códigos de procedimiento penal y civil contienen reglas expresas para hacerse cargo de ello, en el caso del Ecuador es el **artículo 94** del Código de Procedimiento Penal. Lo mismo respecto a la doctrina procesal más clásica que, en general, no ha tenido grandes discrepancias sobre el tema. En términos generales, los peritos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito es llamado al juicio para declarar algo en lo que su experticia es relevante y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas.

La categoría de testigos expertos no corresponde, en cambio, a una que esté reconocida normativamente en el Código, sino más bien a una necesidad de distinción para efectos de preparar y ejecutar actividades de litigación en el juicio. Un testigo experto es un testigo que, sin ser ofrecido como perito -porque el área de declaración no constituye estrictamente una experticia, o bien porque el núcleo de su declaración relevante no la requiere-, tiene sin embargo un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia. Sin ser exactamente un perito ofrecido como tal, mientras más expertizaje prueben las circunstancias concretas del testigo, más admisibles (relevantes) se tornan las opiniones de ese testigo en el área de experticia. En todo caso se trata de un testigo, es decir, alguien que presenció -o puede declarar sobre- hechos relevantes para el caso, pero que además está dotado de un cierto conocimiento o experiencia

que lo habilita para dar opiniones o conclusiones que también son relevantes para el caso, no obstante no haber hecho un "peritaje".

Veamos un ejemplo que grafique mejor lo explicado, supongamos que Juan Martínez se encuentra en una esquina y en ese momento observa un accidente entre dos autos que chocan. Uno de los autos iba a exceso de velocidad y no respetó el semáforo. Supongamos que Juan Martínez es mecánico. El señor Martínez es citado a declarar como testigo. No le es encargado ningún peritaje, ni es ofrecido como perito, entonces en el examen directo declara fundamentalmente los hechos que percibió, como cualquier testigo. La cuestión es, ¿podría el examen directo además ir sobre preguntas que requieran de él algo más parecido a una opinión que un hecho? La respuesta a esta pregunta, como casi todo lo que ocurre en el juicio, es más parecido a un estándar que a una regla: mientras más experticia demuestre el testigo -y esta experticia es parte del proceso de acreditación, en el propio examen directo- más relevante se torna su opinión. Dado que no practicó un peritaje, seguramente la admisibilidad de sus opiniones tiene límites, sin mencionar su peso; nuevamente, dónde se traza esa diferenciación es directamente proporcional a la relevancia de dichas opiniones, y dicha relevancia es directamente proporcional al grado de experticia detentado, incluyendo la especificidad de la materia, de manera que tal vez no baste simplemente "ser mecánico".

Como se puede observar, con la explicación y el ejemplo, cuando estamos en presencia de testigos expertos, no estamos en presencia de una categoría que el Código haya regulado y que se sujete a reglas formales distintas a las de un testigo común y corriente, sino más bien enfrentamos una forma específica del tema más general de la relevancia de la prueba. En los testigos legos las opiniones son en general inadmisibles por su irrelevancia. En la medida que hay mayor experticia, hay mejores razones para prestar atención a la opinión del testigo, aún sin ser perito; en algún momento, su grado de experticia torna su opinión relevante, lo cual basta para hacerla admisible, de nuevo independientemente del peso que en definitiva se le asigne. Esta es siempre una cuestión que debe ser decidida en concreto por el tribunal.

La presencia de esta situación (testigos que exhiben cierta experticia, aun cuando no son peritos) no es en absoluto excepcional en juicio. En la práctica es posible constatar innumerables versiones de esta situación. Un caso típico se produce con la declaración de policías, los policías normalmente comparecen a juicio como testigos, no obstante algo que es muy común respecto de interrogarlos, es que estemos en condiciones de preguntar ciertas opiniones o conclusiones que no serían admisibles con otro tipo de testigos (por ejemplo, en conocimiento sobre tipo de armas, marcas, calibres de las mismas entre otras o experiencias en modus operandi en la comisión de ciertos tipos de delitos). No se trata de que el policía, por el sólo hecho de serlo, pueda declarar cualquier tema criminalístico, sino que en la medida en que disponga de ese conocimiento y podamos acreditarlo en el juicio, se nos permitirá formularle preguntas por opiniones y conclusiones en dichas áreas que serían objetables sin ese conocimiento especial, según vimos. Veamos entonces cuán sutilmente, estas consideraciones imponen exigencias a la litigación. Revisemos las siguientes preguntas:

1. Sargento, ¿es común que los narcotraficantes en La Pintana porten armas?

2. Sargento, en su experiencia, ¿es común que las personas que usted ha detenido por narcotráfico porten armas?

3. Sargento, ¿tiene usted alguna idea acerca de si el arma había sido recientemente disparada? (¿tiene usted una opinión al respecto?).

4. Sargento, ¿era consistente el orificio en cuerpo con el calibre del arma?

La respuesta a la pregunta N°1 parece requerir del policía un grado de experticia que es difícil concebir en un policía, en realidad en ninguna persona: la pregunta ¿es "común" que los "narcotraficantes" "porten armas" "en La Pintana"?, Realmente está solicitando información empírica que el policía no tiene porque conocer; para responder esta especie de afirmación estadística, sería necesario haberse hecho un estudio empírico, entre narcotráficantes de La Pintana, que averigue cuántos de ellos portan armas. La experticia del Policía no le alcanza para hacer ninguna afirmación al respecto. En esta medida, su respuesta es, técnicamente, la opinión de un testigo lego (y en ese sentido inadmisible); incluso quizá haya sido lo que el abogado necesitaba.

La pregunta N°2 reformula la pregunta en términos que el policía está en mejores condiciones de responder; esta pregunta no indaga acerca de "lo que es común en La Pintana", sino acerca de "cuál ha sido la experiencia del policía". En este sentido no le pregunta por una opinión respecto de la cual se requiera ninguna experticia, sino respecto de hechos propios ("las personas que usted ha detenido por narcotráfico").

La pregunta N°4, en cambio, parece salirse completamente de la experticia general de un policía; para tornar admisible dicha respuesta, el testigo tendría que dar cuenta de experticia mucho más específica y concreta: fui enfermero antes que policía, como enfermero o como policía recibí entrenamiento en comparar orificios en cuerpos con calibres de balas o algo similar,no estaría demás que fuera también creíble.

Cuando decimos "experticia" necesariamente no nos referimos a una educación o experiencia formal. Incluso en un nivel más pedestre es posible imaginar "experticia" en las más diversas cuestiones, como por ejemplo, en la personalidad o carácter de una persona. Sin tratarse de una "experticia" propiamente tal, mucho menos que experticia psicológica, tal vez la pregunta "*¿es Juan una persona violenta?*", fuere objetable respecto de un testigo cualquiera, pero menos objetable si quien está en el estrado es la mujer que durmió con Juan los últimos treinta años. Por supuesto, el hecho de que fuere su mujer le impone debilidades en el conjunto de su credibilidad, pero eso es otra cosa; en términos estrictos de admisibilidad, un juez podría razonablemente creer que, dadas las circunstancias concretas, es relevante escuchar lo que la señora puede informar. En fin, las hipótesis son muy diversas, lo que interesa destacar es que el litigante deberá estar atento a esta distinción, para poder planificar adecuadamente el examen y contraexamen de estos testigos, en aquellos espacios en los cuales se comporten como expertos.[20]

Entonces, mientras más experticia acredita el testigo, mayor la permisión para aplicar respecto de él, las normas de juicio de los peritos, específicamente en la zona de expertizaje.

La misma idea anterior es aplicable cuando tenemos a un perito que declarará sobre algún peritaje que éste haya realizado, pero que

[20]Un problema que presenta un uso amplio de la categoría de testigos expertos es que los litigantes intenten evadir por medio de los mismos los requisitos que deben cumplir los peritos propiamente tales. El uso del testigo experto debe limitarse a casos casuales, sin intentar sustituir el trabajo de los peritos a los cuales el sistema en general pone mayores requisitos y exigencias para su admisibilidad (por ejemplo estableciendo la obligación de realizar un informe escrito en el que conste su opinión).

al mismo tiempo, puede aportar información como testigo. Así, por ejemplo, el médico del servicio de urgencia que atendió a la víctima podrá dar opiniones o conclusiones respecto de los procedimientos médicos que siguió para atenderla, explicar la gravedad de sus lesiones y en general podría proporcionar cualquier otra información que tenga relación con su experticia en este caso. Pero también puede declarar respecto a otros hechos que hubiere percibido al realizar la atención médica. Así, por ejemplo, el médico podría declarar que mientras atendía a la víctima, ésta dijo que "el Cara de Perro me pilló por sorpresa" o que "no aguanto más que mi marido me siga pegando". Respecto de estos dichos de la víctima, el médico no es un perito, sino que un simple testigo de oídas, por lo que el tratamiento que le corresponde en esta parte de su relato es el de un testigo común (un testigo lego).

2.2 Objeto del testimonio de expertos

Aún cuando resulte un tanto obvio a esta altura, es necesario precisar que el rol del testimonio experto en el juicio es entregarnos la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado. En este sentido, el objetivo es explicitar su significado en términos comunes y exactos, dirigidos a generar la convicción del tribunal que, de otra manera, no podría generarse. Esta información no puede entregarse al tribunal por cualquier persona, pues se trata de un tipo de conocimiento que se encuentra fuera del alcance de una "persona promedio". Por lo mismo, nos vemos en la necesidad de recurrir a un experto o especialista. Pero atención, esto supone que el tribunal requiera precisamente esa opinión experta, porque si el perito comparece a declarar algo que el tribunal considere que no es necesario contar con conocimiento experto, el perito sería inútil. De ese modo, es frecuente observar cómo en nuestra práctica dentro de los tribunales, se presentan como peritos, expertos de las más diversas especies sin que exista una verdadera necesidad de un conocimiento experto para aportar la información que ellos concurren a entregar en juicio.

Por ejemplo, se volvió una práctica recurrente -generalmente errada, en nuestra opinión- presentar como perito al fotógrafo de la policía que tomó las fotos del sitio del suceso. En general, el fotógrafo no tiene una experticia particular respecto de los temas que declara, noten que esto es cierto, aún cuando la fotografía sea un área de experticia. Sin embargo, las proposiciones fácticas, que se pretende acredite el perito, no tienen que ver con esa experticia. La proposición fáctica más usual es "yo tomé estas fotos, y ellas son una representación del sitio del suceso tal como lo fotografié". A partir de esa proposición fáctica (que acredita e introduce las fotos), se pretende acreditar aquellas que contienen las fotografías: la cara de la persona, la disposición de los muebles, la posición de las heridas; ninguna de estas proposiciones fácticas requieren, en principio, de ninguna experticia particular. Esas fotos pueden ser tomadas por cualquier persona -fotógrafo o no- y cualquiera estaría en condiciones de decir "éstas son las fotos que tomé ese día". A su turno, lo que las fotos "muestran" son proposiciones fácticas que, en general, están al alcance del mero conocimiento lego de los jueces. Si no lo están, suele no ser precisamente el fotógrafo el perito que necesitamos; por ejemplo, si las fotos muestran una particular forma de dispersión de la sangre, probablemente es el policía o el forense el que nos puede hablar de ello.

Las cuestiones que hacen a la disciplina de la fotografía -luz, diagragma, foco, ángulo, distancia- podrían llegar a ser debatidas, y tal vez para dicha discusión importe "cómo se sa-

có la foto" y el conocimiento experto del fotógrafo, pero esa es completamente otra discusión, destinada a acreditar proposiciones fácticas completamente distintas: por ejemplo, "la foto distorsiona el tamaño de los objetos". Suponiendo que eso fuera relevante, podríamos tener este debate que requeriría experticia fotográfica, pero en principio, no es eso para lo que se convoca al, mal llamado "perito fotógrafo". En aquello para lo que se lo suele convocar -para ingresar las fotografías- no se suele involucrar experticia.

Esta situación tiene, todavía, una contracara: una vez que existe un área de experticia, proscribe el conocimiento privado, siendo una de las máximas de la experiencia y el sentido común de los jueces. Las conclusiones expertas tienen, por definición, preeminencia. Si estamos en un área de experticia, entonces por definición se trata de un área en la que un lego no puede opinar. Es por definición un área que está más allá del sentido común, las máximas de la experiencia, y la percepción directa del lego. Los jueces son legos por definición, aun cuando, en los hechos, cuenten con conocimiento privado. Supongamos que un juez estudió psiquiatría antes de convertirse en juez-,supongamos que el juez discrepa del juicio técnico del psiquiatra, en base a su conocimiento privado, no obstante, si el testimonio experto no es desacreditado en el juicio, el juez no puede utilizar su conocimiento privado en el razonamiento. La razón es sencilla y se apega a la lógica más fundamental del juicio: el conocimiento privado del juez no está sometido a control de calidad; no sabemos de dónde sacó el juez su conocimiento privado, ni qué tan idóneo es; quizá si fuera contraexaminado quedaría en evidencia su precariedad; tal vez la última vez que leyó un libro sobre psiquiatría fue hace mucho tiempo y el conocimiento avanzó mucho desde entonces, o quizás no entendió lo que estudió o siguió una corriente que hoy está completamente desacreditada; tal vez si confrontara su conocimiento con el de la comunidad psiquiátrica, ésta rechazaría de plano sus razones; o bien, quizás puesto a debatir con el perito que su conocimiento privado descalifica, éste último le parecería a los demás jueces más creíble y preparado. En suma, el conocimiento privado del juez está sujeto a las mismas necesidades de control de calidad que el conocimiento de cualquier persona. De esta suerte, si el juez pretende tener conocimiento privado sobre un área que requiere experticia, debe tomar el estrado como perito y declarar bajo juramento, sometiéndose al examen y contraexamen de las partes. Esto, por supuesto, no es compatible con la función de juez. Esta es la razón por la cual los jueces no pueden utilizar su conocimiento privado, mucho menos en un área de experticia, y la razón por la cual son legos por definición en toda área extrajurídica.

Lo anterior no quiere decir que la palabra del perito sea sacrosanta en el juicio, ni mucho menos. El juez tiene fundamentalmente tres vías para desmerecer las conclusiones del perito.

En primer lugar, puede desestimar su experticia,esto puede tomar varias formas: señalar que "este perito no es el experto que dice ser", normalmente cuando el contraexamen arroja defectos de formación o experiencia; también puede que no lo sea en el área particular de la declaración, como cuando un médico general hace apreciaciones relativas a la medicina forense.

En segundo lugar el juez puede desestimar su credibilidad, en dos sentidos: credibilidad del testigo, "es el testigo que dice ser, pero está mintiendo", o respecto del testimonio, "seguramente él está seguro de lo que dice, pero le creemos más a otro perito".

Por último, es posible que simplemente el examen directo del perito no alcance a acreditar la proposición fáctica en cuestión. Por ejem-

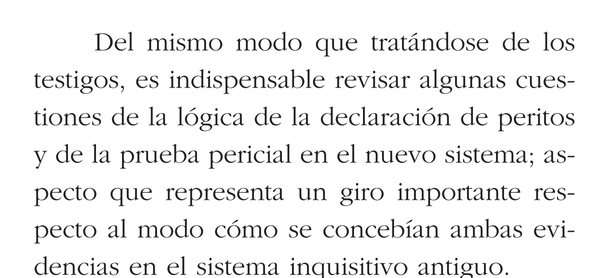
plo, es típico que cuando el psiquiatra -por defectos del contraexamen, del peritaje, o de su testimonio- se limita a la afirmación "el imputado es esquizofrénico". Si ésta es la afirmación final del examen directo, simplemente no hay suficiente para acreditar ninguna de las proposiciones fácticas que subyacen a la inimputabilidad, "el acusado no era capaz de distinguir que lo que hacía estaba prohibido", o bien "era capaz de distinguirla, pero no de adecuar su conducta". Desde luego, el juez no tiene como estimar acreditada, a partir de la afirmación de la esquizofrenia, ninguna de estas proposiciones fácticas que no sea por su conocimiento privado, real o ficticio, pero ambos están prohibidos.

Desde luego, si el juez quiere desmerecer la opinión experta de cualquiera de estos modos, corre con toda la carga de la fundamentación de la sentencia.

Por último, la cuestión acerca de cuándo se necesita un conocimiento experto no es válida. Como vimos, una vez que se reconoce esta necesidad, los efectos son muy poderosos para el razonamiento judicial y las exigencias probatorias. Por una parte, entonces, la especialización del perito no proviene sólo de lo que tradicionalmente se consideraría un área técnica (ciencia), sino también disciplinas, o cualquier tipo de actividades que generen conocimiento especializado (artes u oficios). En este sentido, un artesano, en su respectivo oficio, podrá ser tan experto como el físico nuclear que detente la mayor cantidad de doctorados y post-doctorados en su respectiva disciplina. A su turno, el juez no puede simplemente decidir ocupar su razonamiento lego en una cuestión que requiere conocimiento experto, para evitar quedar obligado por la conclusión del perito. Supongamos, por ejemplo, que el juez quisiera absolver, sin embargo, el único psiquiatra que declaró en el juicio señaló que "no podía afirmar que el acusado no hubiera podido distinguir el bien del mal al momento de los hechos". Los jueces no tienen pruebas que acrediten proposiciones fácticas que satisfagan la inimputabilidad, y no pueden absolver por esta causa, bajo la pretensión de que "todos sabemos -ellos los primeros- que un esquizofrénico no puede distinguir el bien del mal". Esta es una afirmación técnica requiere conocimientos igualmente técnicos, ¿cuántos tipos de esquizofrenia hay?, ¿cuáles de ellas producen este efecto?, ¿da lo mismo la edad de la persona?, ¿etapas de avance de la perturbación?, ¿da lo mismo que haya estado medicamentado o no?, ¿da lo mismo qué medicamento específico haya estado tomando? Las preguntas sin respuesta son éstas y muchas más.

Debido entonces a la amplitud del objeto potencial de la declaración de los peritos y al poder del conocimiento experto, este predomina sobre el conocimiento común del tribunal, y aún sobre su conocimiento privado. El litigante, al presentar al perito o al testigo experto en el juicio, debe tener un especial cuidado en destacar, cómo su apreciación de los hechos, presentada en el juicio -así como las opiniones vertidas por él - exigen de un conocimiento especializado, donde la mirada común del lego resulta abiertamente insuficiente para su adecuada comprensión. Será importante, entonces hacerle notar al tribunal, que también ellos están en la categoría de legos respecto de dicho conocimiento, por lo cual, si le creen al perito, deberán preferir sus conclusiones técnicas a las que los propios jueces puedan detentar en forma autónoma.

3. Cuestiones Normativas y de lógica del sistema relevantes para el examen y contraexamen de Peritos y Testigos.



Del mismo modo que tratándose de los testigos, es indispensable revisar algunas cuestiones de la lógica de la declaración de peritos y de la prueba pericial en el nuevo sistema; aspecto que representa un giro importante respecto al modo cómo se concebían ambas evidencias en el sistema inquisitivo antiguo.

En primer lugar, por prueba pericial se debe entender a un perito, que comparece a juicio oral y presta declaración ante el tribunal en forma directa, a través del examen directo y el contraexamen de las partes. En este sentido, la misma regla del artículo referente a los testigos es aplicable a los peritos. Esto quiere decir que su declaración en juicio no puede ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito, salvo los casos excepcionales regulados por el propio Código. Como veíamos, tratándose de los testigos, esto representa un cambio radical respecto al formato del sistema anterior. En materia de peritos, la prueba pericial en dicho contexto estaba centralmente constituida por el informe escrito presentado por el perito y que se acompañaba al expediente. Esto, en el nuevo sistema, es en principio inadmisible. Si el perito no comparece a juicio y no se somete a las preguntas de examen y contraexamen, no tenemos prueba pericial.

Esto no quiere decir que el informe escrito no tenga ninguna utilidad en el juicio. Técnicamente, el informe escrito es una declaración previa y, en tanto tal, puede ser utilizado para los dos fines: refrescar la memoria y demostrar inconsistencias con declaraciones previas, con las mismas exigencias y limitaciones expuestas en el Capítulo VI.

Una segunda cuestión, relevante en la lógica de la prueba pericial, tiene que ver con un cambio radical en la forma de mirar o de entender el rol cumplido por los expertos en juicio. En el sistema antiguo, los peritos eran concebidos fundamentalmente como “auxiliares de la administración de justicia” o como “peritos del tribunal”, es decir, expertos que ponen su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del juez, sin considerar para nada los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas. Entonces por ello no cualquiera podía ser perito, sino sólo aquellos que se hubieren acreditado ante los tribunales y que se hubieren inscrito en las listas respectivas que tienen las Cortes, dando “garantías” de estar al servicio de los jueces y no de las partes. Por otro lado, en esta misma lógica, quienes designaban a los peritos eran los propios jueces, en relación a la útilidad para satisfacer las necesidades de acreditación concretas del caso.

Esta lógica cambió de manera radical en el nuevo sistema. Así, en éste los peritos son concebidos como “peritos de confianza de las partes” y no como “auxiliares del tribunal”. Esto quiere decir que son las partes las que deciden si traen o no a un perito y a qué perito concreto traen a juicio. Por así decirlo, los peritos dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso de quienes los presentan. Con esto no queremos decir que los peritos son “serviles” a quienes los presentan, mucho menos que puedan “acomodar” espurreamente su pericia a los intereses de las partes, el proceso es más bien el inverso: la decisión de la parte para presentarlo, normalmente estará asociada al hecho que lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio, producto de su mejor ciencia y si su declaración es consistente con la teoría del caso de quien la presenta. Si no fuera así ¿qué sentido tendría presentarlo? En este sentido, vale lo dicho para los testigos legos en los capítulos de examen y contraexamen: el hecho de que los peritos lleguen comprometidos con una versión de los hechos es una cuestión estructural

de cualquier sistema, y más bien se descarta la pretensión de la cultura inquisitiva de que ello se disipa por el hecho de cubrirlos con un -muy discutible- manto de imparcialidad e idoneidad, otorgado por el hecho de que la ley así lo declare, que sean nombrados por los jueces, o que figuren en la lista de la Corte. En cambio, un sistema adversarial lo que hace es someter dicha imparcialidad e idoneidad profesional al ejercicio concreto de la contradictoriedad.

La lógica descrita es claramente recogida por los sistemas procesales penales latino- americanos, así por ejemplo el Código Procesal Penal Chileno señala en el artículo 314 en su inciso primero señala: "(E)l ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos fueren citados a juicio oral...". De otra parte, el Codigo Procesal Penal Chileno, al mismo tiempo de reconocer que los peritos son de confianza de la parte que los presenta, establece en el inciso final del mismo artículo 314 un deber de profesionalismo a quienes cumplan con tales funciones al señalar "Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia, las reglas del arte u oficio que profese el perito".

Derivado de esta nuevo lógica, el sistema pericial se flexibiliza por completo. Se acaban las listas de las Cortes como única fuente en dónde se puede obtener un perito. Para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte u oficio puede ser llevado a juicio oral. Lo que ocurre normalmente es que la persecución penal recurre por excelencia a los órganos estatales especializados en la materia (Servicio Médico Legal, laboratorios de las policías, Instituto de Salud Pública, etc.), pero normativamente podría utilizar a cualquier experto de "afuera" de dichas instituciones y, por otro lado, la credibilidad y experticia es siempre materia de examen y contraexamen durante el juicio. De esta suerte, no hay ninguna razón para otorgarle, en principio, mayor credibilidad a un médico del Servicio Médico Legal, que a uno de la Clínica Alemana; aunque probablemente todos nosotros preferimos optar por servicios públicos de salud, pues allí parece estar el mejor conocimiento médico, si eso es cierto en las situaciones en que más nos importa nuestra salud, no se ve por qué no vaya a ser igualmente válido cuando se trata de probar hechos médicos en juicio. De nuevo: la credibilidad y experticia es materia de examen y contraexamen, y se evalúa según el testimonio concreto, puesto en relación concreta con el resto de la prueba.

4. Temas relevantes para la presentación y examen directo de peritos

El examen directo de peritos queda sometido, desde el punto de vista de la litigación, al mismo tipo de reglas y recomendaciones que formulamos respecto a los testigos comunes y corrientes en el capítulo respectivo. Con todo, hay ciertas particularidades del testimonio de los expertos que marcan algunas diferencias que revisaremos a continuación.

4.1 Selección del experto y su acreditación en el examen directo.

Lo relevante para determinar la necesidad de un perito será el hecho de necesitar un conocimiento especializado. En la sociedad actual, en la que los niveles de especialización son cada vez más intensos, es posible encontrar conocimientos especializados en prácticamente todas las áreas del saber y todas las actividades del hombre.

Debido a lo anterior, la naturaleza de la proposición que deseemos probar va a deter-

minar el tipo de experto a ser seleccionado. Esta gama es muy amplia porque prácticamente todas las actividades humanas admiten un expertizaje, como por ejemplo la dactilografía, la medicina forense, la física nuclear, los conocimientos agrícolas, los asuntos tributarios, las reglas del fútbol, etc. Cualquiera que sea el área, nuestro primer objetivo será transmitir al juzgador el hecho de que estamos en presencia de cuestiones que ameritan un conocimiento experto para su adecuada comprensión y, en segundo término, que estamos frente a un verdadero conocedor de la materia sobre la cual versa el testimonio (esto es lo que llamamos la acreditación o legitimación del perito o experto).

Un aspecto clave para tener presente es que por más idóneo que sea el perito en abstracto, su peso probatorio en juicio depende esencialmente de los elementos de credibilidad que seamos capaces de transmitir (y acreditar) en el juicio. Noten, sin embargo, que esta acreditación es perfectamente susceptible de ser satisfecha –y suele serlo, en los sistemas adversariales más maduros- a través del testimonio del propio testigo. Ese testimonio es materia de examen y contraexamen, como cualquier otra proposición fáctica. De esta suerte, si el perito afirma ser médico, nos relata su formación y experiencia específica en el área de examen, y esas afirmaciones no son controvertidas por la contraparte, hay una poderosa tendencia a estimar que la cuestión de la experticia está acreditada. Si esto basta, la prueba documental como diplomas y certificados en principio es superabundante (salvo, por supuesto, que lo exijan las necesidades concretas de la controversia).

Así, una etapa realmente crítica, en el caso de los expertos, es la de acreditación del conocimiento especial que alegan tener. Ello será particularmente importante en ciertas categorías de casos en que, casi por definición, la prueba pericial será el elemento central de la discusión. Por ejemplo, en los casos por violación el informe pericial que indica que se encontraron restos de semen del acusado en el contenido vaginal de la víctima resulta con frecuencia una prueba muy determinante. Ahora bien, si dicho informe es rebatido por el de otro perito que señala que en virtud del examen de ADN dichas muestras no corresponden al acusado, estamos en presencia de un escenario muy diverso. En estos casos, la discusión se centra en la idoneidad y credibilidad de cada uno de los peritos, tanto como en el contenido de las declaraciones.

Para cumplir con el objetivo de acreditar a los peritos, nuestras primeras preguntas deben dirigirse a que el testigo demuestre su experticia de modo de legitimar su testimonio. Si su experticia se funda en sus conocimientos, las preguntas deben dirigirse hacia elementos como sus estudios, sus doctorados, sus publicaciones e investigaciones, cada pregunta dependiendo de la necesidad concreta y de la idoneidad del elemento que debe ser igualmente concreta. En este sentido, por ejemplo, no pocas veces se ve a los abogados llegar hasta las notas del perito en la universidad, aunque de modo concreto, probablemente el que haya tenido mejores o peores notas allí, no suele aportar realmente ninguna información respecto de la idoneidad del perito en la materia concreta, ¿es inusual que alguien que obtuvo malas notas en la Universidad se convierta luego en un experto en cierta materia?

Si la acreditación se funda en su experiencia, las preguntas se dirigirán a las actividades que desempeñó, durante cuántos años, a la cantidad de ocasiones en que participó en situaciones como las que son materia de la prueba, etc, esto es muy importante para destacar. El prejuicio común suele situar la experticia de los peritos en los estudios, aunqueno necesariamente ello ocurrirá así. Existen muchas áreas de experticia donde al menos tan relevante,

como los estudios si no más, es la experiencia.

Veamos un ejemplo, se trata de la acreditación de un perito (médico general) que declara sobre la gravedad de lesiones externas causadas a la víctima como consecuencia de una pelea:

Fiscal: *Nos podría indicar su nombre completo.*

Perito: *Francisco Pérez Soto.*

Fiscal: *Don Francisco ¿Qué edad tienen usted?*

Perito: *41 años.*

Fiscal: *¿Nos podría indicar cuál es su profesión?*

Perito: *Médico cirujano.*

Fiscal: *¿Qué significa ser médico cirujano?*

Perito: *Bueno, este es el grado que se obtiene una vez finalizados los estudios generales de medicina, para lo cuál no es necesario cursos posteriores de especialización.*

Fiscal: *¿Cuántos años de estudio requiere la obtención de tal título?*

Perito: *Siete años regulares, que son lo que demoré en la obtención del título.*

Fiscal: *¿En dónde estudió usted?*

Perito: *En la Universidad Católica.*

Fiscal: *¿Ha realizado estudios posteriores de especialización o profundización?*

Perito: *No.*

Fiscal: *¿Dónde trabaja?*

Perito: *En el hospital público de la ciudad, en la atención de urgencias.*

Fiscal: *¿Hace cuanto tiempo trabaja allí?*

Perito: *Bueno, ingresé al hospital una vez que obtuve mi título, eso quiere decir que llevo trece años trabajando en el mismo lugar y en la misma sección de urgencias.*

Fiscal: *¿Podría relatarnos en qué consisten sus principales funciones en el hospital?*

Perito: *A mí me corresponde recibir los casos de urgencia, es decir, de todas las personas que por accidentes u otras circunstancias requieren atención médica inmediata sin poder solicitar una consulta anticipada.*

Fiscal: *¿Qué tipo de atenciones usualmente presta?*

Perito: *Bueno, fundamentalmente nos hacemos cargo de prestar primeros auxilios y exámenes físicos generales y atención a personas que presentan diversos tipos de politraumatismos y traumatismos.*

Fiscal: *¿A qué se refiere cuando dice politraumatismos y traumatismos?*

Perito: *Nosotros llamamos así lo que vulgarmente las personas identifican como lesiones de distinta gravedad.*

Fiscal *¿Es común que usted realice exámenes médicos a personas lesionadas?*

Perito: *Bueno, esta es mi principal actividad profesional.*

Fiscal: *En cuántos de esos casos el paciente señala que las lesiones provienen de riñas o peleas?*

Perito: *Yo diría que un 50% de las atenciones que prestamos provienen de esa causa, otro 30% proviene de accidentes del tránsito y un 20% de accidentes en el hogar o el trabajo.*

Fiscal: *En base a su experiencia ¿nos podría indicar cuántas atenciones por lesiones causadas en riñas o peleas realiza usted en promedio mensualmente?*

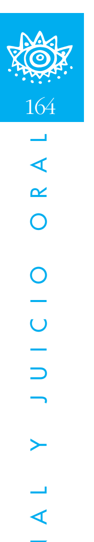
Perito: *Bueno, es difícil de calcular.*

Fiscal: *Déjeme ayudarlo, ¿cuántas en promedio realiza al día?*

Perito: *Al día deben ser unas tres o cuatro.*

Fiscal: *¿Sería apropiado decir entonces que usted realiza unas quince semanales?*

Perito: *Sí, esa es la cantidad más o menos promedio.*



Fiscal: *¿Y unas sesenta atenciones mensuales?*
Perito: *Más o menos, sí...*
Fiscal: *¿Y cerca de setecientas al año...?*
Perito: *Sí, esa es la cantidad promedio...*
Fiscal: *Por lo que en trece años de trabajo usted ha practicado, digamos, alrededor de nueve mil exámenes físicos por lesiones...*
Perito: *Sí, ese calculo parece razonable....*
Fiscal: *¿Cuán complejo es, desde un punto de vista médico, realizar un examen externo para constatar lesiones?*
Perito: *En verdad no se trata de un examen muy complejo. Cuando no existen heridas cortopunzantes o heridas de bala, el examen es muy sencillo, se trata de revisiones externas y radiografías básicas en las zonas de las lesiones si corresponden.*
Fiscal: *¿Se requiere alguna especialidad para realizar dichos exámenes?*
Perito: *En verdad no, se trata de cuestiones generales básicas que toda persona que ha estudiado en una escuela de medicina y tiene una mínima práctica profesional debiera estar en condiciones de realizar con seriedad. Más aún si tiene experiencia práctica, lo que ayuda mucho a identificar con precisión el tipo de lesiones y los tratamientos adecuados para su sanación.*
Fiscal: *¿Es usted una persona con experiencia en estas materias?*
Perito: *Sí, como comentábamos, el hecho que lleve 13 años practicando exámenes de este tipo en el hospital me han hecho revisar todo tipo de casos, muchas veces. En este contexto soy probablemente uno de los médicos del hospital que más habilitado está para hablar de este tipo de exámenes.*
Fiscal: *Don Francisco, vamos ahora al examen que practicó en...*

Como se puede apreciar en el ejemplo, la acreditación en este caso gira en torno a dos ejes: los estudios de medicina y luego la práctica y experiencia profesional en el área de la experticia que este testigo declarará en juicio. Nótese cómo la acreditación en este caso no profundiza en demasía en los estudios y que, de hecho, el perito no indica tener más estudios que los básicos generales de cualquier médico; sin embargo, a la vez queda muy en claro que se trata de un experto altamente calificado por su experiencia en la práctica de exámenes físicos y que mayores calificaciones profesionales que las de un título médico no son necesarias para construir esa experticia.

Nótese también, de nuevo, que en principio la prueba de las proposiciones fácticas, "es un médico que hace nueve mil de estos exámenes al año" o "para estos exámenes no se requiere mayor formación médica", es prueba testimonial: la que ofrece el propio médico. Técnicamente, no hay diferencia entre estas proposiciones fácticas y las otras de fondo que su testimonio prueba "el paciente tenía la tibia quebrada". Como cualquier otra proposición fáctica, si la contraparte quiere controvertir las proposiciones fácticas relativas a la acreditación del perito, eso sigue la lógica general, incluido el debate y prueba de sus antecedentes documentales.

Es importante destacar que la acreditación del perito se constituye en un elemento crucial de la planificación de su examen directo. Un error común, al respecto, suele ser el hecho de que la legitimación de los peritos u otros expertos se mecaniza por parte de los abogados, transformándola, de ese modo, en una etapa del examen directo, aburrida y sin ningún valor para el juzgador. Un buen abogado litigante sabe que esta etapa no está constituida por

un conjunto de preguntas formales, mecánicas y estandarizadas, sino por aquellas que en concreto tengan la capacidad de situar a nuestro perito como una persona creíble y experta, y en condiciones de decir lo que afirma. Aquí no se trata de tener que pasar rápidamente el obstáculo inicial de la acreditación, para entrar luego al "verdadero" examen directo del perito. Muy por el contrario, todo lo que podemos ganar en el examen directo con un informe pericial "perfecto" para nuestra teoría del caso, se puede perder si el tribunal no cree en su experticia o credibilidad. Un mal perito siempre va a ser un mal perito, no podemos cambiar la naturaleza de las cosas con unas simples preguntas de acreditación. En este sentido, serulta claro que las preguntas de acreditación no son una suerte de varita mágica que transformará a la rana en princesa. Sin embargo, el valor que el tribunal puede darle a la opinión de un experto puede ser menor al que realmente tiene, si no demostramos la idoneidad del mismo, en concreto.

La variedad de preguntas y tópicos que se pueden abordar para este objetivo son infinitas. Cada una dependerá de las calificaciones que nuestro experto posea y del tema en que particularmente nos interesa acreditarlo. Las necesidades de acreditación de los peritos, al igual que la de los testigos comunes y corrientes, dependen del tipo de peritaje que este mismo realizó y, en consecuencia de las necesidades específicas de cada caso en concreto. Lo anterior requiere una cuidadosa preparación antes del juicio y un conocimiento acabado de los antecedentes de nuestro experto. Nuevamente surge un tema que hemos reiterado hasta el cansancio en otros capítulos: no se puede llegar a improvisar al juicio oral, el arte de litigar supone una adecuada preparación del caso.

Supongamos que nuestro perito es un doctor experto en cardiología, en un caso en el que estamos intentando acreditar negligencia médica. Una clásica pregunta de acreditación será la relativa a los estudios del perito, detalles que den cuenta de su especialidad. Pero eso es sólo la punta del Iceberg,si nuestro perito además publicó trabajos académicos sobre el tema, tal vez nos interese eso también; o quizás durante sus estudios de especialización tuvo oportunidad de ser el asistente de uno de sus profesores, quien es un especialista reconocido en el tema, respecto a los casos -de este tipo- con que tuvo contacto, etc. Pero, si no conocemos esta información con anterioridad vamos a salir a pescar, y nuestra posibilidad de obtenerla queda reducida a la fortuna. Y de vuelta, si se tiene fortuna no se necesita método,si se es afortunado no se necesita ser profesional y el profesionalismo consiste en suprimir la confianza en la fortuna.

Una última cuestión antes de continuar,en muchas ocasiones la acreditación no sólo debe referirse a la persona del perito y su experticia, sino a los procedimientos u operaciones realizados por él. En buena cantidad de disciplinas, particularmente las de corte científico, la potencia de los resultados y conclusiones no depende tanto de las cualidades personales del perito, como de haber seguido ciertos procedimientos estandarizados y uniformados de los expertos de la disciplina como la forma idónea de obtener conclusiones. Si éste es el caso, la acreditación debe ir sobre ello.

4.2 La Organización del Relato.

Una vez que acreditamos suficientemente la experticia de nuestro perito, debemos producir el testimonio. La producción del testimonio de los peritos, en general, se sujeta a las mismas reglas de litigación de cualquier testigo. No obstante, una primera diferencia importante se produce respecto al orden de organización de las declaraciones de los peritos. Cuando revisamos a los testigos en general,

concluimos que un orden recomendable para estructurar su declaración era el orden cronológico. Esta regla se altera tratándose de los peritos. En general, el orden cronológico será aquí poco relevante. Los peritos no son testigos presenciales de los hechos y, en consecuencia, normalmente no tienen una cronología que relatar. El relato de los peritos normalmente será temático, es decir, cubrirá las distintas conclusiones y los procedimientos llevados adelante para arribar a las mismas. Veamos un ejemplo:

P: *Señor López ¿cuáles son las conclusiones de su informe?*

R: *Bueno de acuerdo a los exámenes que practicamos sobre las muestras recibidas, pudimos determinar que el ADN contenido en los fluidos vaginales de la muestra M23 era equivalente al que obtuvimos de la muestra de sangre M24, que corresponde al señor Pedro Curtis.*

P: *Déjeme entender bien esto, nos podría indicar en concreto ¿qué significa lo que nos acaba de decir?*

R: *Bueno, es relativamente simple, esto quiere decir que el semen encontrado en el fluido vaginal de la víctima corresponde al acusado debido a que el ADN en ambas muestras es idéntico.*

P: *Doctor, ¿es posible que haya dos personas distintas con el mismo ADN?*

R: *Eso es imposible, por lo mismo le puedo asegurar con un cien por ciento de certeza que el semen contenido en la muestra de fluidos vaginales de la víctima corresponde al acusado.*

P: *Doctor, ¿podría explicarnos cuál fue el procedimiento que utilizó para llegar a esa conclusión?*

R: *Bueno, para ello, en primer lugar, analizamos...*

Como se puede observar en el ejemplo, el relato de los hechos se inicia con la conclusión del informe, es decir, si consideramos la cronología del trabajo realizado por el experto, comenzó con lo último que ocurrió en el tiempo. Una vez que el experto expone con claridad su conclusión, el litigante vuelve atrás cronológicamente y le solicita que explique el procedimiento. Se trata de un examen directo organizado con estructura fundamentalmente temática, debido a que al litigante le interesa destacar la conclusión para luego revisar los detalles y otros aspectos que llevaron a la misma. Probablemente, al explicar el procedimiento, se siga con un orden cronológico que se haga cargo de los distintos pasos que se fueron dando, en el tiempo, para llegar a la conclusión expuesta.

No obstante lo anterior –o más bien en complemento de lo anterior- es razonable organizar cronológicamente la declaración del perito, tratándose de situaciones en las que el trabajo u operaciones realizadas por el mismo suponen una cierta cronología sin la cual resulta difícil entender las conclusiones a las que arribó, o apreciar las relaciones de causalidad. Por ejemplo, cuando el perito debe explicar el desarrollo cronológico de la condición médica de un paciente.

4.3 Atención con el uso del lenguaje especializado.

Otro aspecto relevante a considerar para estructurar el examen directo de los peritos y testigos expertos se refiere al uso del lenguaje especializado. En este sentido, lo común será que la potencia del testimonio de un experto esté centrada en las materias técnicas sobre las cuales tiene conocimiento especial y que contribuyen a nuestro caso. Sobre dicho testimonio, deberá lograrse que el experto declare para la comprensión del tribunal. Habrá que ha-

cerle ver que si se requirió un experto, es precisamente porque los hechos resultan incognoscibles para los jueces en la forma en que están descritos, y requieren de una explicación de parte de alguien con experticia. A fin de cuentas, la cuestión esencial será que el lenguaje técnico de la experticia, traducido a un idioma comprensible para el tribunal, resulte en las proposiciones fácticas que sustentan nuestra teoría del caso. Hay que destacar que esto no es un asunto menor para lograr los objetivos del examen directo de nuestro experto, aunque duela reconocerlo, sólo somos abogados. Y aunque los abogados suelen comportarse como si fueran expertos en todo, lo cierto es que ni siquiera está en discusión que puedan incorporar su conocimiento privado en la prueba o en el razonamiento judicial, respectivamente (ni hablar de la otra discusión acerca de la diferencia entre el saber y la monserga). Debemos lograr que el experto sea capaz de explicar en un lenguaje que, como abogados y como personas comunes y corrientes, podamos entender que nos asegure que los jueces puedan entender. Es necesario comprender que cada palabra que demos por obvio que un juez está entendiendo, es una proposición fáctica más que estamos entregando a la fortuna: ojalá el juez le dé a esa palabra, ese concepto, esa afirmación, el significado (no explicitado) que el perito está expresando.

La tendencia natural de los expertos es hablar en el lenguaje de su experticia porque, con frecuencia, su rigurosidad profesional se expresa, entre otras cosas, precisamente en la precisión técnica (en una escala distinta, nosotros mismos caemos en ese vicio tan menudo ¿o acaso no han recibido alguna vez el comentario critico de algún amigo o familiar lego acerca de lo aburrido que son las fiestas de abogados? “hablan un leguaje incomprensible, como si estuvieran alegando en una Corte...”).

Entonces el desafío está en hacer que este experto pueda explicar un informe en términos que sean claros para todos los que están fuera de la órbita de tales conocimientos especializados. Pero, más que ninguna otra cosa, en términos que acrediten proposiciones fácticas sin exigir de los jueces interpretaciones privadas acerca del significado de la afirmación técnica (la diferencia entre “es esquizofrénico” versus “dadas sus características, en ese momento era incapaz de discernir que lo que hacía estaba mal...”. Si el experto insiste en utilizar términos difíciles de comprender porque ellos son los más adecuados técnicamente, hay que pedirle que explique su significado en términos legos. Aquí el abogado debe tener un control muy estricto de la información que sale de la boca del perito y que esa información se produzca en un formato que sea claro y convincente para el tribunal. Supongamos que estamos en presencia de un experto en biología molecular que está realizando un análisis de tejidos que se encontrarón en el vehículo del acusado para compararlo con una muestra de la alfombra de la víctima:

P: Doctor Martínez, usted nos acaba de decir que le fueron entregadas dos muestras, una recogida del auto del acusado y otra de la alfombra de la víctima... ¿qué exámenes practicó sobre ellas?

R: Bueno, se practicó el test DIOCIPREN 19.

P: ¿En qué consiste ese test?

R: Consiste en el análisis químico de las muestras aplicando sulfatos nitríticos a las mismas, de manera de determinar su idoneidad biológica.

P: ¿Qué significa esto de que se le “apliquen sulfatos nitríticos”?

R: Bueno, en palabras simples, se trata de un químico que se vierte en la muestra, que produce una reacción que permite identificar la composi-

ción química de esos elementos.

P: *¿Y a qué se refiere usted doctor cuando dice "idoneidad biológica"?*

R: *Es el término técnico que ocupamos para decir que dos muestras distintas corresponden a la misma entidad física.*

P: *Si entiendo bien doctor, eso quiere decir que si hay idoneidad biológica en dos muestras ¿ellas corresponden a un mismo cuerpo?*

R: *Exactamente, eso es lo que quiere decir idoneidad biológica.*

P: *Doctor quisiera que ahora...*

Como se puede ver en este ejemplo ficticio, no obstante el experto utiliza un vocabulario técnico que carece de sentido para quienes no están formados en dicha especialidad, el abogado que lo examina deja claro cuál es el sentido de ese tecnicismo, de manera que el tribunal pueda apreciar con claridad el resultado del peritaje. Sin esta precisión, seguramente las palabras del perito, por más potentes que sean dentro de su especialidad, no significarán nada a oídos de un tribunal; el mismo que al no recibir ninguna explicación, en un lenguaje medianamente comprensible, acerca del significado de las palabras del perito les dará el significado que en la mente de cada uno de esos jueces, puedan llegar a tener.

4.4 Hechos e hipótesis.

Otra particularidad del testimonio de los testigos expertos que resulta relevante para la preparación de su examen directo es que necesariamente no se trata de testigos presenciales. Así, por ejemplo, si bien el médico que atendió a la víctima herida ya en el hospital es un testigo que -podríamos decir- es presencial respecto de una porción de la historia, lo cierto es que el médico llamado por la contraparte para refutarlo no lo es en absoluto y, aun así su declaración es admisible y muchas veces muy relevante. Entonces en el caso de los testigos con experticia las preguntas van a adoptar, con frecuencia, la forma de hipótesis sobre las cuales éstos emiten una opinión. Este es el caso, por ejemplo, cuando le pregunto al médico de refutación: "¿Doctor, dadas las condiciones descritas, fue el procedimiento adoptado el más adecuado?" Cuando el médico responde "no", no está relatando hechos, sino emitiendo una conclusión, que es hipotética en la medida en que depende de "si es que las condiciones descritas eran esas". Esta es otra particularidad de los testigos expertos pues, como se recordará, las opiniones y conclusiones están prohibidas por regla general para los testigos legos. Estas hipótesis deben dirigirse a situar al juzgador frente a situaciones que le permitan entender la proposición que se desea probar, por ejemplo:

En una causa por supuesta negligencia médica, nuestra parte presenta al Presidente del Colegio de Expertos en Riñón para que testifique acerca de la extirpación de un riñón practicada a nuestro cliente, el Sr. Claro.

P: *Dr. Álvarez, ¿puede usted indicarnos su nombre completo?*

R: *Juan Álvarez González.*

P: *¿Puede usted indicarnos su profesión?*

R: *Soy médico experto en temas sobre los riñones.*

P: *Dr. Álvarez, ¿podría decirnos en qué consiste su especialidad?*

R: *Bueno, la nefrología es la especialidad médica encargada del tratamiento de los riñones.*

P: *¿Cuántos años de estudio habilitan para ejercer esta especialidad?*

R: *Bueno, luego de los siete años de estudios de la carrera, uno debe realizar los estudios de especialidad que en mi caso se extendieron por cinco años más. Posteriormente viene el periodo de acreditación*

ante el Colegio de la especialidad mediante una practica de 3 años adicionales.

P: *¿Podría usted señalar dónde realizó sus estudios de especialidad?*

R: *Los realice en la Universidad Católica y posteriormente obtuve una beca para la Universidad de Miskatonic, de la ciudad de Miskatonic, en el Estado de Nueva Inglaterra, Estados Unidos.*

P: *Puede usted indicarnos su actual cargo y lugar de trabajo.*

R: *Soy jefe de la sección para el tratamiento de la Cirrosis del Hospital Santa Rita.*

P: *¿Hace cuánto tiempo?*

R: *Hace veinticinco años.*

P: *Ahora quisiera realizarle algunas preguntas relacionadas a su especialidad, para lo cual le pido centrar su atención en la presente radiografía. ¿Cuál es su opinión acerca de la situación médica representada por esta radiografía de riñón?*

R: *Bueno, la radiografía presenta una irritación crónica derivada del consumo abusivo y prolongado de alcohol, propia de los pacientes con Cirrosis.*

P: *Dr. Álvarez, en sus años de tratamiento de la Cirrosis ¿qué soluciones médicas son idóneas a la presente patología?*

R: *El tratamiento ordinario es la abstinencia de por vida y la medicación y, en casos extremos, la extirpación del órgano dañado.*

P: *Dr. Álvarez, si la radiografía que aquí se presenta fuera de un paciente suyo, ¿cuál opción aplicaría?*

R: *Si bien es difícil decir, creo que por el nivel de avance del daño que se observa en la superficie izquierda del órgano y la falta de compromiso del lado izquierdo, me inclinaría a recetar un tratamiento de drogas y abstención.*

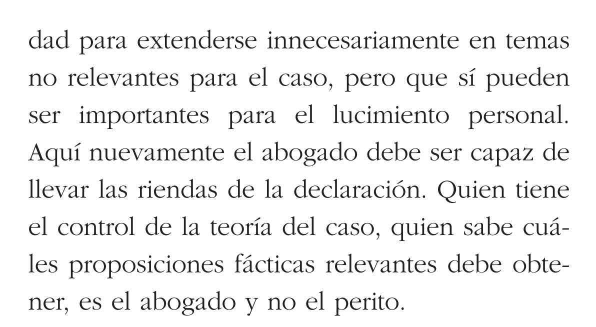
P: *¿No prescribiría la extirpación?*

R: *No, me parece perfectamente posible evitarlo todavía.*

Como se ve en el ejemplo, el examen de los testigos expertos no presenciales se basa en hipótesis que tienden a subsumir la proposición fáctica que se desea probar (la hipótesis: "si usted tuviera un paciente bajo estas condiciones médicas, ¿sería una decisión técnicamente acertada la extirpación?" La proposición fáctica es "el doctor -acusado- extirpó indebidamente el riñón"; este tipo de examen presenta la dificultad de hacer realmente representativa la hipótesis del caso en juicio (cuestión que todavía vamos a tener que probar), aspecto que se encuentra asociado con la especificidad de la información y las condiciones descritas. En este ejemplo, la radiografía fija las condiciones, pero no siempre vamos a contar con una prueba independiente tan explícita. Si el ejercicio resulta demasiado vago y poco representativo, entonces no podremos evitar el argumento de la contraparte: "tal vez la conclusión del doctor sea correcta dadas las condiciones que mi contraparte le describió, pero esas no son las condiciones en que tuvo lugar el caso que nos ocupa...".

4.5 Control, Control y más Control.

Finalmente, algo que debemos enfatizar respecto al examen directo de los peritos y testigos expertos se refiere al rol del abogado a cargo del mismo. Por más que el experto conozca la materia sobre la cual declara, el examen debe ser dirigido por el litigante, de modo de seguir la estrategia que diseñamos previamente y así obtener la información que necesitamos. Esto lo hemos dicho respecto de los testigos, pero en los peritos adquiere mayor complejidad. En muchas ocasiones resulta difícil controlar a los peritos ya que por su carácter de expertos se ven tentados a dictar cátedra o a aportar más antecedentes que los solicitados. El juicio constituye un buen escenario para que los expertos se dejen llevar por la oportuni-



dad para extenderse innecesariamente en temas no relevantes para el caso, pero que sí pueden ser importantes para el lucimiento personal. Aquí nuevamente el abogado debe ser capaz de llevar las riendas de la declaración. Quien tiene el control de la teoría del caso, quien sabe cuáles proposiciones fácticas relevantes debe obtener, es el abogado y no el perito.

5. El Contraexamen de peritos y testigos expertos

Las reglas de litigación del contraexamen de peritos y testigos expertos también quedan básicamente sometidas a las que hemos revisado tratándose de testigos comunes y corrientes. Tal vez lo que constituye el principal desafío en esta categoría de testigos es que, en una parte importante de casos, su contraexamen se dirige principalmente a desacreditar su experticia o la idoneidad de su testimonio. Ello impone exigencias de preparación al litigante superiores a las de un testigo lego, ya que la efectividad del contraexamen le obliga a interiorizarlos conocimientos del experto, de manera que pueda direccionar adecuadamente el contraexamen. Ello supondrá en muchas ocasiones la necesidad de estudiar aspectos de la disciplina del experto o derechamente asesorarse por otro experto de la misma disciplina que pueda orientar mi trabajo en el contraexamen, revisar las cosas que el experto ha escrito previamente en el tema, etc. Pero cuidado, el contraexamen de un experto, en el área de su experticia, es siempre un ejercicio extremadamente complicado. Si se nos permite una analogía futbolística, planificar un tipo de contraexamen adversarial (vgr. desacreditar su testimonio) en materias de experticia, es similar a planificar un triunfo en un partido de fútbol contra Brasil de visita, pero con dos jugadores menos. No es invencible ni imposible (“imposible es una opinión, no un hecho”, reza por ahí un aviso comercial de una marca deportiva famosa), pero es probablemente uno de los ejercicios de litigación de mayor dificultad. Todas las destrezas se ponen a prueba al contraexaminar peritos. ¡Cuidado, amigos, con la tentación, y cuidado también con la ambición! En estos casos, mucho más que con los testigos legos, “el tonto” no es tan tonto y, si voy por lana, hay una buena chance de salir trasquilado.

Con todo, el contraexamen de peritos es un ejercicio que hay que enfrentar. Es posible identificar cuatro líneas clásicas de contraexamen de peritos. A ellas se deben sumar todas las líneas propias de nuestra teoría del caso y las que surgen de las circunstancias particulares del juicio en cuestión, a continuación, revisaremos estas líneas. Una advertencia previa, al igual que en la desacreditación de los testigos, no se trata de líneas abstractas, sino de posibilidades que, puestas en casos concretos, permitirían tener un punto relevante. Cuidado también con caer en la mecánica de obtener algo de estas líneas y pensar que con eso ya se ganó.

5.1 Primera línea: “Interés”

Al igual que los testigos legos, los peritos también pueden ser desacreditados por interés. Esta línea de contraexamen puede adoptar varias formas.

En primer lugar, los peritos tienen la particularidad de que en una cantidad importante de casos cobrarán remuneraciones por sus peritajes y declaraciones en juicio. Esto no constituye un problema en sí mismo, todo profesional tiene derecho a percibir remuneraciones por el trabajo que desempeña. Sin embargo, si averiguamos que la remuneración que recibió este profesional, en este caso es excesiva (tasas fuera del mercado o muy por fuera de lo que habitualmente el mismo experto cobra en otros

ámbitos de su vida profesional), es posible que tengamos un punto de contraexamen: “las conclusiones no son producto de su mejor capacidad profesional, sino de la remuneración”. Se trata de una línea de contraexamen que para tener impacto en concreto debe tener cierta fortaleza. Cuidado con intentar hacer un gran tema simplemente por el hecho que el perito cobró legítimamente por un trabajo realizado. Además, hay que tener presente que la cuestión de credibilidad se recorta por la adecuación de los montos al trabajo de ese perito, y no por lo que habitualmente cobra un perito, o lo que suele cobrarse en la plaza.

Una segunda línea vinculada a interés o imparcialidad de perito puede explorarse revisando su historial de peritajes en juicio. Así, un perito que comparece a diario siempre apoyando la tesis de los fiscales podría manifestar un cierto compromiso con la persecución penal que eventualmente podría permitir una línea de desacreditación. También aquí, se trata de tener una línea concreta en este sentido, y no de salir a pescar en abstracto. Así, que los peritos dactiloscópicos de la policía declaren casi siempre por la persecución no basta para hacer la línea de contraexamen; necesitamos, a partir de allí, tener información concreta de que hay razones para creer que este perito pueda estar predispuesto.

Una tercera versión de esta línea es explorar las cuestiones asociadas a la carrera profesional y al prestigio. El perito suele ser miembro de una comunidad de conocimiento (eso es lo que suele hacerlo perito) y, en tanto tal, muchas veces sus informes comprometen su presitigio y posición en dicha comunidad. Esto podría incitarlo a defender sus conclusiones o acomodar la información más allá de lo que sería riguroso sostener. Después de todo, el contraexamen suele tomar formas que implican algún grado de desacreditación profesional sobre quien se presenta, ante sus pares, como un experto. También aquí, deberemos cuidarnos de tener una línea concreta y no simplemente salir a pescar o sugerir la línea en abstracto, sin referencia a información precisa alguna.

Como ya hemos dicho, hay que tener cuidado en la ejecución de esta primera línea y de las conclusiones que se pueden obtener, cualquiera sea su versión. No cualquier cosa desacredita en los hechos al perito, las meras sugerencias de los abogados no constituyen prueba, ni la constituyen las preguntas con prescindencia de las respuestas. En la medida en que el conjunto de circunstancias del caso efectivamente sea poderoso, se debieran explorar estas líneas. En caso contrario, probablemente terminemos reforzando la credibilidad del perito: nuestro contraexamen le habrá dado la oportunidad para reafirmar sus conclusiones, para que el tribunal las escuche nuevamente, para extenderse acerca de cómo ellas son creíbles, y todo ello con la legitimidad de que, habiendo hecho nuestro mejor esfuerzo por desacreditarlo, su declaración se mantuviera incólume. A lo anterior todavía debe sumarse la nunca despreciable consideración de que en la credibidad del caso, también tiene un rol la credibilidad que el litigante le proyecta a los jueces, y que esta credibilidad se daña cuando nuestro contraexamen sugiere promesas que no se concretan, cuando nuestras preguntas no son avaladas por las respuestas, al menos en un grado razonable.

5.2 Segunda línea: “el perito no es el experto que dice ser”

Una segunda línea de desacreditación de peritos se produce cuando puedo demostrar, en el juicio, que el supuesto experto que trajo mi contraparte en realidad no tiene las calificaciones o experiencia que se habían sugerido en el examen directo.



Esta línea presenta a su vez dos versiones con distintos niveles de impacto. Por una parte, uno se encuentra frente a casos en los que efectivamente el perito no resulta un muy buen experto. Esto ocurre cuando, por ejemplo, traemos evidencia de que en su largo currículum, donde se menciona que el perito fue profesor universitario en las más prestigiosas facultades de medicina del país, había olvidado mencionar que había sido expulsado de varias universidades por negligencia y que el tiempo de permanencia como docente, en las mismas, no superó un semestre. Efectivamente, el perito había sido académico, pero también es verdad que fue expulsado de cada una de las universidades en donde había trabajado por falta de profesionalismo o rigurosidad.

Una segunda versión, más sutil y mucho más común en la práctica también en nuestros tribunales, se refiere a casos en los cuales, si bien la persona presenta calificaciones reales, en el examen directo declara sobre materias que se encuentran fuera de su experticia. Entonces, al médico que realiza el examen físico externo del paciente para determinar el tipo de lesiones que sufrió durante un robo con violencia, el fiscal comienza a preguntarle por el "estado psicológico" del paciente en el momento en que prestó la atención (situación más que frecuente en nuestro país). Ese doctor podrá estar muy bien acreditado para declarar sobre las lesiones, pero probablemente está muy lejos de ser un experto en materias psicológicas, que pertenecen a una disciplina completamente distinta. Respecto de esa porción de su declaración, el perito de nuestro ejemplo es perfectamente lego y, por lo tanto, su opinión irrelevante.

5.3 Tercera línea: "el perito no puede afirmar con certeza lo que dice"

En las disciplinas técnicas suele ser frecuente que no sea posible afirmar con completa certeza una conclusión. Aun cuando la conclusión sea altamente probable a la luz de su disciplina, un experto serio normalmente estará dispuesto a reconocer porcentajes o márgenes de error en sus resultados. Esos márgenes varían de caso a caso, pero pueden constituir una herramienta poderosa para enviarle un mensaje al tribunal que desacredite, al menos en parte, las conclusiones del peritaje: "Estimado tribunal, este testigo no puede afirmar con seguridad lo que dice". Hay que tener cuidado en este punto, algunas veces los litigantes tienen la tendencia a capitalizar mas de lo que pueden. No cualquier margen de error es relevante para descreditar al perito y, como siempre, este debate hay que tenerlo en concreto: qué significa este margen de error en el caso particular puesto en relación con el resto de la prueba.

Si el experto no está dispuesto a reconocer márgenes de error, tal vez estamos en nuestro día más afortunado. Si vinimos preparados, normalmente estaremos en condiciones de dar cuenta de esto al tribunal y con ello el perito habrá abierto la puerta para una línea de desacreditación aún más poderosa "el perito está mintiendo u ocultando información que nos favorece". En ese caso, habremos ganado, no por el margen de error, sino por el impacto que puede tener en la credibilidad personal del perito mentir ante el tribunal en la audiencia de juicio.

5.4 Cuarta línea: "este perito no está siendo fiel a su propia ciencia"

Una última línea, clásica para desacreditar a los peritajes tiene que ver con la fidelidad con que el perito realizó sus operaciones y obtuvo sus conclusiones en relación a los cánones de su ciencia. Se trata de una línea muy poderosa de contraexamen, ya que nos permi-

te sugerir al tribunal que las conclusiones del perito no son válidas, porque no respetan o no son fieles con la disciplina a la cual pertenecen. Esta línea, a su vez, admite diversas modalidades.

Una primera modalidad se produce cuando el perito no es fiel a su ciencia ya que las conclusiones que obtiene contravienen aspectos consensuados en su disciplina. Si existe un consenso importante en la disciplina sobre la materia y el perito contraviene ese consenso; ello no significa que no pueda ser creído (en dónde quedarían los innovadores y los genios que han producido cambios coperniquianos en sus disciplinas), pero ciertamente ello traslada al perito una "carga de la prueba" mucho mayor, y ese es un factor que juega en nuestro favor en un contraexamen.

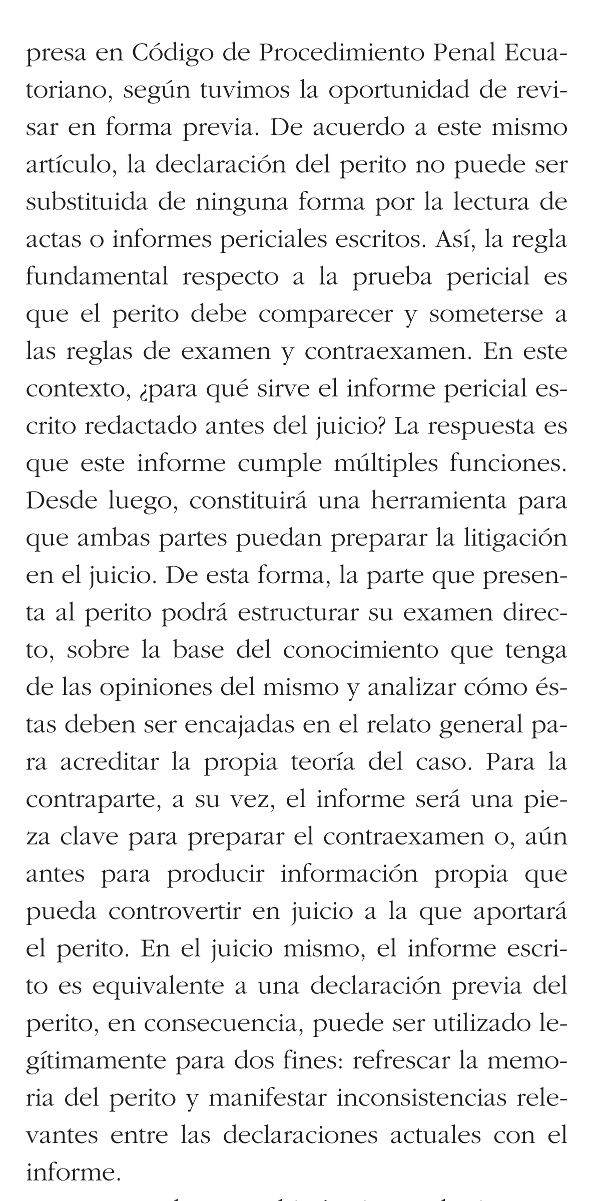
Una segunda modalidad se da cuando el perito no es fiel a su ciencia en el sentido de utilizar los procedimientos acreditados y considerados idóneos en su área para obtener conclusiones. Buena parte del rigor de las disciplinas científicas más duras se basa en la utilización de procedimientos muy específicos que permiten validar resultados. Cuando esos procedimientos no son seguidos los resultados, por impresionantes que fueran, normalmente carecerán de valor para quienes cultivan las respectivas disciplinas. En consecuencia, si hay un error o un cambio en el procedimiento utilizado, normalmente la conclusión pierde validez.

Finalmente, una tercera modalidad se produce cuando el perito no es fiel a "su ciencia personal", ya que este mismo experto había manifestado una opinión contraria a la que sostiene ahora en el tribunal -por ejemplo, había escrito un libro sobre la materia en el que dice algo distinto a lo que afirma hoy-. La pregunta entonces es ¿qué credibilidad tiene alguien que cambia de versiones respecto a su propia opinión técnica publicada? Al igual que en el primer caso, esto no significa que el perito no pueda ser creído, ya que en muchas ocasiones el cambio de opinión se debe precisamente al profesionalismo del experto -por ejemplo, debido a la utilización de nuevos y más precisos procedimientos inexistentes al momento en que escribió el texto que se contrapone hoy en juicio-. Con todo, si en el contraexamen somos capaces de poner en la mesa esta contradicción, le ponemos al perito una carga de justificación mucho mayor.

6. El uso del informe pericial

Una de las cuestiones que en nuestra experiencia genera más confusión en el tránsito de sistemas inquisitivos de enjuiciamiento a sistemas acusatorios, que contemplan como etapa central del proceso el juicio oral, es el uso que se da al informe pericial escrito. En efecto, suele confundirse cuál es la función que este informe cumple en el juicio. No es extraño encontrar casos en los que las partes introducen a juicio el informe pericial escrito, como si se tratara de una prueba documental o que los jueces del tribunal exijan que se acompañe dicho informe junto con la declaración del perito. Nos parece que prácticas de este tipo erosionan fuertemente principios básicos del juicio oral, tales como la inmediación, la contradictoriedad y la oralidad.

En alguna medida, las prácticas descritas se generan por una cierta confusión acerca de cuál es el medio de prueba en un sistema de juicio oral. Desde el punto de vista de las reglas de prueba, en un sistema de juicio oral no hay duda acerca de que en la audiencia de juicio la prueba pericial básicamente consiste en la declaración personal que debe prestar el perito en la audiencia. En relación a esto, la lógica no es muy distinta a la de los testigos comunes y corrientes y fue reconocida en forma ex-



presa en Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, según tuvimos la oportunidad de revisar en forma previa. De acuerdo a este mismo artículo, la declaración del perito no puede ser substituida de ninguna forma por la lectura de actas o informes periciales escritos. Así, la regla fundamental respecto a la prueba pericial es que el perito debe comparecer y someterse a las reglas de examen y contraexamen. En este contexto, ¿para qué sirve el informe pericial escrito redactado antes del juicio? La respuesta es que este informe cumple múltiples funciones. Desde luego, constituirá una herramienta para que ambas partes puedan preparar la litigación en el juicio. De esta forma, la parte que presenta al perito podrá estructurar su examen directo, sobre la base del conocimiento que tenga de las opiniones del mismo y analizar cómo éstas deben ser encajadas en el relato general para acreditar la propia teoría del caso. Para la contraparte, a su vez, el informe será una pieza clave para preparar el contraexamen o, aún antes para producir información propia que pueda controvertir en juicio a la que aportará el perito. En el juicio mismo, el informe escrito es equivalente a una declaración previa del perito, en consecuencia, puede ser utilizado legítimamente para dos fines: refrescar la memoria del perito y manifestar inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales con el informe.

Fuera de estas hipótesis, cualquier otro uso del informe escrito es ilegítimo y puede poner en riesgo la vigencia efectiva de un sistema de juicio oral. Si se tiene al perito declarando en juicio, no se ve para qué se podría querer el informe del perito. Con frecuencia, cuando discutimos sobre el punto con jueces hemos recibido respuestas del tipo "es que los informes periciales tienen información compleja que hay que revisar luego con más calma". Sin embargo, es el ejercicio de examen y contraexamen el que debe poner ante los jueces toda la información relevante del peritaje, hasta que esos jueces no tengan dudas respecto de cuáles son las conclusiones del perito y cómo llegó a ellas. Esto ciertamente se daña cuando el examen del perito no hace más que pedirle a éste que reproduzca su informe escrito, el que no necesariamente está diseñado para contener toda la información que el juez necesita escuchar respecto del peritaje; pero, como dijimos, la función del perito no es sentarse a repetir como un papagayo su informe pericial, sino es explicarlo, reducir sus diagnósticos y conclusiones a proposiciones fácticas, a traducir sus expresiones a términos comprensibles. Si el perito hace esto a cabalidad a través del examen y contraexamen, el informe es completamente superabundante. Y, al contrario, si el perito no hace esto a cabalidad y los jueces extraen información del informe que no estuvo contenida en la declaración del perito en juicio, están recurriendo a su conocimiento privado (lo cual es razonamiento judicial prohibido y fuera de prueba, como ya hemos dicho). Supongamos que el peritaje dactiloscópico se hizo con una huella levantada que sólo contenía nueve puntos dactilares. Supongamos que el punto no es abordado por el examen y contraexamen del perito. Si el juez, lee el informe pericial e interpreta que "no es posible identificar una huella dactilar con sólo nueve puntos", está incorporando su conocimiento privado y razonando fuera de prueba: nadie le preguntó al perito sobre eso y éste nada dijo. Tal vez si le hubieran preguntado, nos habría dicho que la identificación dactiloscópica hoy ha evolucionado mucho, que se hace distinto al modo como solía hacerse, que la tecnología ha mejorado (desde la época en que el juez leyó ese libro, o escuchó, en otro juicio, que se requerían doce puntos dactilares), y que hoy es posible identificar una huella con esos nueve puntos. No sabemos lo que el perito habría dicho y, siendo materia de experticia, los jueces

no pueden interpretar la información del informe desde su propio conocimiento privado, ni aun a pretexto de suplir deficiencias del examen y contraexamen. Entonces el informe escrito del perito no puede en general constituir prueba ni ser ingresado al juicio como tal y, siendo ello así, los jueces no tienen acceso a su contenido, sino para el uso -vital pero distinto- de refrescar la memoria o demostrar inconsistencia con declaraciones previas.



IX. El Alegato de Apertura



1. Introducción

Hasta ahora hemos centrado nuestra atención en producir la prueba. No obstante, esas pruebas son piezas de un rompecabezas que el tribunal todavía tiene que armar en su mente. El rompecabezas es nuestra teoría del caso, que surge de la prueba presentada en unas ocasiones más nítida que en otras. Es por eso que necesitamos de una oportunidad para explicar al tribunal de qué manera debe mirarse la evidencia del juicio. Las instancias para ello son básicamente dos: el alegato de apertura y el alegato final. En el primero anunciaremos al tribunal qué es lo que están a punto de ver en el juicio que se inicia. En el segundo haremos ver al tribunal de qué manera nuestro anuncio se ha cumplido.

En esta sección revisaremos los principales aspectos vinculados con la estructuración y ejecución de los alegatos iniciales o de apertura de las partes -acusadora o defensora- (llamados en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano como "Exposición").

El alegato de apertura es una actividad fundamental del litigante, pues constituye la oportunidad para presentar su teoría del caso ante el tribunal. Por medio del alegato de apertura, los jueces tomarán por primera vez contacto con los hechos y antecedentes que fundamentan el caso de la parte.

En el capítulo II decíamos que la teoría del caso es un ángulo, un punto de vista, desde el cual mirar la prueba, en términos tales que si el juez la mira desde allí, verá en ella lo que nosotros vemos. Si el juez escucha al médico relatar los hematomas de la mujer desde la teoría del caso de la fiscalía, lo que leerá es "hubo forzamiento". En cambio, si escucha al médico desde la teoría del caso del defensor, lo que leerá es "no sabemos si esos hematomas pudieron ser producidos por sexo violento pero consentido". El alegato de apertura es por excelencia el momento para ofrecer ese "punto de vista" para la apreciación de la prueba. No la valoración o el peso de la misma (pues todavía no se ha presentado), sino el ángulo desde el cual leerla. Este es el momento para comenzar a configurar la disposición mental del juzgador hacia el caso y la prueba.

Como complemento de lo anterior, los alegatos de apertura son de gran importancia, porque permiten crear en los jueces una primera impresión acerca del caso, lo que será crucial para el desarrollo del juicio. Así, por ejemplo, la primera impresión que el tribunal adquiera sobre la credibilidad de la teoría presentada por el acusador o el defensor no tendrá poca influencia, facilitando a los jueces evaluar luego la prueba concreta contra la teoría del caso general ofrecida en el alegato de apertura.

Por último, el alegato de apertura organiza la información y el relato para los jueces. En un escenario en que estos van a escuchar la información por primera vez, la claridad, orden, sistematicidad y organización de la información y de los relatos es crucial. Mucho antes de lo que la valoración de la prueba dice, necesitamos urgentemente que los jueces entiendan qué es lo que la prueba dice, y que estén en condiciones de reconstruir la historia que subyace a nuestra teoría del caso. En el juicio, en cuyos relatos concurren multiplicidad de testigos, peritos, objetos, documentos, cada cual con historias más completas o parciales, más consistentes o contradictorias, necesitamos, en primer lugar, que el juez pueda navegar en esa información, necesitamos proveerlo de un mapa.

Si no le ofrecemos al tribunal este punto de vista y esta hoja de ruta para el caso y la prueba, una vez más estaríamos confiando en la fortuna, y habíamos quedado en que la confianza en la fortuna no es una actitud profesional: la fortuna de que el juez sea lo suficiente-

mente inteligente, sagaz, perspicaz, experto, hábil, abierto, desprejuiciado, ordenado o sistemático; la fortuna de que pueda obtener de la prueba todo lo que es posible obtener de ella, y nada más que eso; y, por sobre todo, la fortuna de que el juez no se aproxime al juicio y la prueba, desde la teoría del caso de nuestra contraparte.

Entonces, lo mismo que en el resto de las etapas el momento del juicio no puede estar entregado a la mera improvisación del abogado o a sus especiales destrezas histriónicas. Un buen litigante es quien prepara exhaustivamente cada uno de los momentos en los que le corresponde intervenir, de manera que presente una teoría del caso coherente y creíble con el objeto de lograr su finalidad última, la absolución o la condena del acusado.

No existe un modelo único y válido para estructurar un alegato de apertura. Ello dependerá de las características del caso y de las fortalezas y debilidades que presente cada parte en el juicio. Por lo mismo, en las páginas que siguen queremos poner sobre la mesa simplemente algunos elementos a tomar en consideración para estructurar un alegato de apertura.

2. La Regulación Normativa en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano

El nuevo Código contempla diversas disposiciones relativas a los alegatos de apertura o "Exposiciones" que tienden a dar cuenta de la misma lógica que hemos descrito en la introducción de este capítulo.

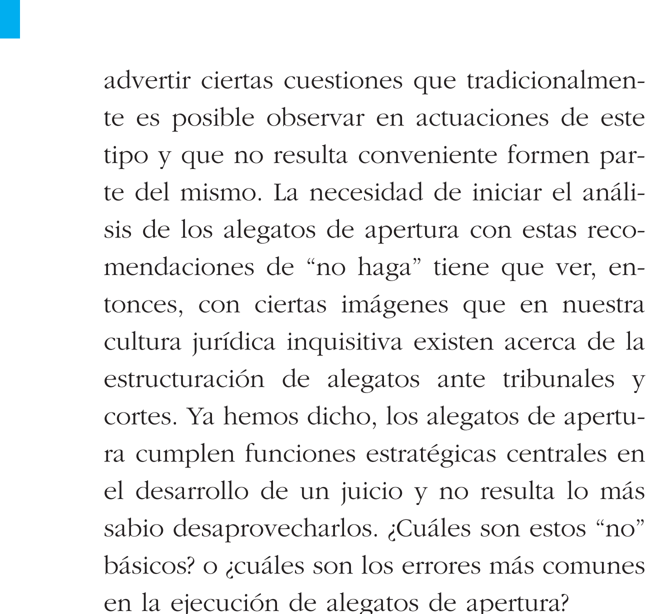
Así, los artículos 286 y 290 del Código señalan en forma casi idéntica en qué consisten las "exposiciones" tratándose del fiscal y el acusador particular. En ambos casos se señala que la exposición incluye el relato del motivo de la acusación y la solicitud de pruebas que se rendirán en el caso.

Por su parte, el artículo 297 regula la situación de la "exposición" del defensor, señalando que en ésta le corresponde hacer una exposición detallada de los hechos y circunstancias que fueren favorables para el defendido, pidiendo además la práctica de las pruebas que desea rendir en el juicio.

Como se puede apreciar, en todas las hipótesis descritas, el Código está pensando en que los alegatos de apertura incluyen la exposición de hechos que, desde el punto de vista de la acusación o defensa, son relevantes, es decir, ambos suponen que los litigantes tendrán la oportunidad de exponer en dichos alegatos los elementos fácticos centrales de sus respectivas teorías del caso. Se trata de una actividad relativamente simple y con objetivos muy específicos y claros. Junto con ello, además deben referirse a la prueba que se rendirá en juicio. Evidentemente, esto no se refiere a que las partes pueden realizar un análisis argumentativo de la prueba, ya que todavía ésta no ha sido producida en el juicio. Más bien, lo que el Código está regulando es lo que llamábamos "promesa de prueba", es decir, a esta altura las partes estarán en condiciones de ofrecer prueba para el desarrollo del juicio que sustentará las afirmaciones de hecho que constituyen su teoría del caso. No obstante, es posible apreciar que en muchos casos esta actividad es desperdiciada por los litigantes debido a problemas básicos en la estructuración del alegato o de la confusión de los objetivos que se persiguen con el mismo. Ello hace que antes de revisar los aspectos potenciales que componen el alegato de apertura descartemos algunas de las cuestiones básicas que no debieran formar parte de él.

3. Los "No" del Alegato de Apertura

Tomando en consideración los objetivos estratégicos del alegato de apertura, conviene



advertir ciertas cuestiones que tradicionalmente es posible observar en actuaciones de este tipo y que no resulta conveniente formen parte del mismo. La necesidad de iniciar el análisis de los alegatos de apertura con estas recomendaciones de "no haga" tiene que ver, entonces, con ciertas imágenes que en nuestra cultura jurídica inquisitiva existen acerca de la estructuración de alegatos ante tribunales y cortes. Ya hemos dicho, los alegatos de apertura cumplen funciones estratégicas centrales en el desarrollo de un juicio y no resulta lo más sabio desaprovecharlos. ¿Cuáles son estos "no" básicos? o ¿cuáles son los errores más comunes en la ejecución de alegatos de apertura?

3.1 El alegato de apertura no es un puro ejercicio de retórica u oratoria

Uno de los problemas tradicionales que se pueden observar en nuestros alegatos de apertura es una cierta tendencia de los litigantes a sobre utilizar palabras y transformar el alegato en una suerte de declamación de poesía o retórica. En nuestro país, pareciera que los abogados tienen la compulsión de agregar más palabras a todo lo que dicen como si nuestra remuneración se fijara, al igual que las transcripciones, por palabra terminada. Las palabras, imágenes retóricas u otras equivalentes pueden ser útiles, pero atención, que si no están al servicio de una teoría del caso sólida y consistente, por sí mismas no tienen ningún valor en el alegato de apertura y deben ser evitadas.

3.2 El alegato de apertura no es un alegato político ni menos emocional

El alegato tiene por objeto fijar una cierta versión de los hechos del caso y hacer una promesa de evidencia que luego será presentada en el juicio. Transformarlo en un alegato puramente emocional ("hagamos llorar a los jueces") o hacer de él principalmente una tribuna para alegatos políticos ("esto es culpa de la cesantía"), desperdician la oportunidad del litigante de hablarle al tribunal en el lenguaje de los hechos y de la prueba que los sustentarán. Alegatos puramente emotivos o políticos pueden predisponer al tribunal negativamente respecto de mi caso, en la medida en que transmite el mensaje de "aquí no, puro aire, el abogado no tiene nada más"). Si no ofrecemos una versión y, por el contrario, intentamos hacer de nuestro caso un tema puramente político u emocional, no le hemos entregado nada al tribunal para que pueda procesar adecuadamente la información que presentaremos en el desarrollo del juicio (considerando que ninguno de ambos elementos parecen parte de un buen razonamiento judicial: "le creímos a la víctima porque nos conmovió su dolor"; "eximimos al imputado porque ha tenido una vida dura").

3.3 El alegato de apertura no es un ejercicio argumentativo

Otro defecto muy común de litigación es que las partes comiencen a emitir conclusiones y a argumentar acerca de la prueba en este momento inicial del juicio. Esto es tanto inadmisible desde un punto de vista normativo, como arriesgado desde el punto de vista de la litigación. A diferencia del alegato final, el alegato de apertura no es un ejercicio argumentativo.

Desde un punto de vista normativo -el sistema de prueba-, no hay todavía producción de prueba de manera que cualquier ejercicio de argumentación concreto está fuera de prueba, por tanto es irrelevante y, por esa causa inadmisible -"el Sr. Testigo ocular no pudo haber visto a mi cliente, porque estaba a 54 metros del lugar y varios autos obstaculizaban su visión; además es ciego y odia a mi cliente..."-. Cuándo el alegato cruza la línea entre el anuncio y la argumentación, es función prima-

ria de la contraparte controlar -es causal de una objeción- y para el tribunal decidir. Como todas las objeciones, no se trata de ejercicios de depuración técnica, sino de consideraciones estratégicas destinadas a proteger la calidad de la información y el daño concreto al caso de la contraparte, por ella evaluado -"el defensor está introduciendo información que no está en la prueba, si el defensor puede argumentar precisamente lo que está llamado a probar, entonces la comparecencia del testigo es innecesaria... ¿no?"-. Como la prueba no ha sido aún presentada, no es la oportunidad para sacar conclusiones acerca de la calidad de la misma. Eso es algo que dejaremos para el final del juicio en los alegatos finales.

Desde un punto de vista de litigación, cada promesa hecha en el alegato de apertura e incumplida en la prueba va a ser cobrada por el tribunal en moneda de credibilidad. En el ejemplo que poníamos más arriba, resulta que el Sr. testigo ocular toma el estrado, su declaración es que estaba apenas a unos metros, un auto obstaculizó su visión por un momento, tiene problemas en la vista, pero sólo para leer y sí cuándo eran jóvenes les gustó la misma mujer, pero eso fue hace muchos años. Ésta es la declaración prestada consistentemente en el examen directo, y el contraexamen no tiene información independiente sobre todas las cosas que nos había prometido en el alegato de apertura. Sólo un contraexamen del tipo "mi propia historia" le había anunciado a los jueces un conjunto de debilidades de este testimonio que, finalmente, no logró sostener. A los jueces no suele gustarles esto y no por malas razones: les transmite la sensación de que estamos dispuestos a decir cualquier cosa con tal de ganar, a tergiversar la prueba o a hablar sobre pruebas que no conocemos realmente. Y los jueces siguen: "si el abogado hizo eso respecto de este testigo en que lo detectamos, ¿en qué otros casos no estará haciendo lo mismo y no lo hemos detectado?" Quizás la solución sea no creer nada de lo que el abogado dice. El alegato de apertura no es, entonces, un ejercicio argumentativo.

3.4 El alegato de apertura no es una instancia para dar mis opiniones personales

La información central que el tribunal debe considerar para decidir un caso, es la prueba presentada en el juicio. Las opiniones de los abogados son perfectamente irrelevantes en este sentido. En consecuencia, se debe evitar la tentación de transformar esta etapa de litigación en una diatriba de opiniones irrelevantes del tipo "todos conocemos la calidad de la investigación de la policía". Lo que esta frase oculta es una opinión del abogado en el sentido de que las investigaciones policiales son de mala calidad. Pero lo que importa realmente no es cómo se hacen "las investigaciones policiales" (supuesto que la expresión tenga realmente algún significado), sino cómo se hizo esta investigación, y eso es una cuestión de hecho. En tanto tal, es materia de prueba para la evidencia, no de opinión para el abogado.

4. Aspectos estratégicos a considerar en la estructuración de un alegato de apertura

Ya teniendo las advertencias de la sección anterior, revisemos qué factores o elementos deben tenerse a la vista, desde un punto de vista estratégico, para estructurar un alegato de apertura; es decir, qué es lo que debemos tener en mente el momento en que nos sentemos a preparar un alegato de apertura.

Nos parece que son dos las cuestiones principales, a partir de las cuáles resulta posi-

ble realizar varias recomendaciones específicas en la materia. Estas cuestiones son que los jueces no conocen el caso y que la credibilidad se construye desde esta actuación.

4.1 Los jueces no conocen el caso

El primer elemento clave al estructurar estratégicamente el alegato de apertura será situarnos en la cabeza de los jueces y entender que para ellos esta es la primera actividad sistemática en la que se impondrán del contenido del caso y, particularmente, de nuestra teoría del caso. Este es uno de los desafíos más importantes para el litigante en todas las actividades en juicio. El litigante ha conocido el caso por meses, ha revisado con detalle toda la información, ha investigado el significado de los peritajes, se ha entrevistado con los testigos y ha repasado sus declaraciones varias veces, insertándolas en el conjunto. Producto de este trabajo, llega a juicio con el caso en la "piel" y cuesta sacárselo para, como un observador externo, preguntarse "si yo no supiera nada de este caso, ¿me haría sentido lo que estoy escuchando? ¿me bastaría? ¿entendería la historia? ¿le creería?"

En este contexto, un error común de los abogados en los alegatos de apertura es que lo hacen desde la imagen mental que ellos tienen del "expediente", y no desde las necesidades de información que tienen los jueces. Hablan -en forma explícita o implícita- como si el caso y sus detalles fueran conocidos por los jueces -como si ellos también hubieran leído el expediente, o como si el relator les hubiera hecho ya una relación. Sin embargo, en un sistema que se toma en serio los principios de inmediación y contradictoriedad, la información que conocen los jueces antes del caso tiende a cero desde el punto de vista de sus necesidades de convicción. Normalmente, se traduce en alguna resolución judicial previa que envío el caso a juicio -el auto de apertura de juicio en nuestro Código. Siendo esto así, es fundamental para los litigantes explicarles a los jueces, en la versión más sencilla posible, en qué consiste el caso y cuál es la hoja de ruta para la prueba.

Este primer elemento de la dinámica del juicio va a imponer un conjunto de recomendaciones para los litigantes, tales como la importancia que tienen los primeros momentos del alegato, la conveniencia de buscar un tema que permita etiquetarlo, o la necesidad de humanizar el conflicto. Iremos sobre ellos en la próxima sección de este capítulo.

4.2 La credibilidad de la teoría del caso y del abogado litigante se construye a partir de los momentos iniciales del juicio

Ya hemos destacado con cierta reiteración en otros capítulos que una buena parte del éxito en la litigación en juicios orales dependerá de la capacidad que tengan los abogados de construir credibilidad para sus teorías del caso, para las pruebas que presentan e incluso de ellos mismos como litigantes profesionales y confiables. En buena medida, esa labor comienza en el alegato de apertura. Desde el momento inicial del proceso, el litigante entrega elementos para que el tribunal realice juicios de credibilidad sobre su caso, su prueba y el mismo litigante. Siendo así, debe tenerse especial cuidado en evitar que los defectos de litigación puedan hipotecar esta credibilidad; especialmente en esta primera actuación, cuyas consecuencias en no pocas oportunidades irrigan todo el resto del juicio.

Es a partir de esta idea, por ejemplo, que el abogado debe tener extremo cuidado en no exagerar el mérito de sus pruebas, no ofrecer conclusiones que todavía no encuentran respaldo en la evidencia, y anticipar y explicar las debilidades de su caso si es que éstas van a ser conocidas en el juicio. Al igual que en el pun-

to anterior, la explicación detallada de cada uno de estos elementos será objeto de revisión en la sección que sigue.

5. Aspectos específicos para la estructuración de un alegato de apertura

Como veíamos, a partir de las dos principales cuestiones que es necesario tener en mente para estructurar un alegato de apertura, surge un conjunto de recomendaciones o buenas prácticas que es necesario revisar y que deben ser consideradas por el abogado al momento de estructurar su alegato inicial. A continuación revisaremos estos aspectos.

5.1 Presentación de hechos y no de conclusiones

Toda vez que el alegato de apertura representa una de las actividades iniciales del juicio, lo que corresponde realizar en su desarrollo es básicamente la presentación de los elementos fácticos del caso y su vinculación con las normas aplicables, pero no extraer conclusiones de la prueba que aún no se presentó al juicio, ni menos realizar apelaciones argumentativas al proceso de razonamiento de los jueces.

Algunos ejemplos para ilustrar:

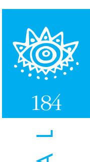
- "*Vamos a escuchar* en este juicio al señor Carrasco, quién nos relatará cómo el ladrón que entró a robar a su tienda terminó asesinando a su mujer, y oiremos de él además que pudo ver la cara de dicha persona; la fiscalía pretenderá hacernos creer que en este caso hay un reconocimiento positivo por parte del señor Carrasco de mí representado como el hombre que dio muerte a su mujer; sin embargo, les pido que reserven su juicio de credibilidad para más adelante, porque ya veremos qué tipo de reconocimiento fue ese y qué tanto nos podemos fiar de él...".

- "*Vamos a escuchar* al señor Carrasco reconocer a mi cliente como el hombre que dio muerte a su esposa, sin embargo el señor Carrasco sólo tuvo algunos instantes para ver el rostro de mí representado, mientras ambos estaban envueltos en un tiroteo tratando de matarse, y por cierto el señor Carrasco cubriéndose tras el mostrador, más preocupado por esquivar las balas que por fijar en su memoria los rasgos de quien le estaba disparando... ¿es creíble que ahora pretenda reconocerlo más allá de toda duda?...".

Mientras en el primer ejemplo existe una afirmación fáctica, adecuada a la naturaleza del alegato de apertura -aún cuando advierte que luego se van a hacer juicios de credibilidad-, en el segundo la afirmación es una inferencia que se reclama del juzgador -"el señor Carrasco no habría tenido realmente una oportunidad genuina de reconocer al asesino de su esposa y, por lo tanto, su testimonio en ese sentido debe ser descartado...". Esta es una conclusión que el abogado podrá argumentar en el alegato final, una vez que se haya presentado la prueba en cuestión, y si es que la prueba concreta le alcanza para ello.

5.2 La extensión del alegato

Más allá de las disposiciones legales que regulan la materia -que no establecen límites para la duración de los alegatos de apertura- el abogado debe tener presente que los jueces tienen una capacidad de atención y concentración limitada -como todos los seres humanos- y que, por lo mismo, lo que exceda de dicha capacidad de atención se desperdicia. El litigante de-



be estar alerta para evaluar esta situación.

Si es posible concentrar los elementos del alegato en un tiempo menor y ello no perjudica su claridad ni su estructura, es conveniente realizarlo tan breve como sea posible. Mientras más tiempo transcurre, la tentación de incluir información irrelevante o inadmisible crece también, en ocasiones simplemente por no saber "como salir". Debe tenerse presente lo que señalamos anteriormente: para un tribunal que no conoce el caso, atiborrarlo de información al inicio puede obscurecer más que iluminar, porque el exceso de información puede traducirse en confusión y no necesariamente en más elementos para la comprensión del caso.

No hay nada que impida tener un alegato de apertura de calidad e impacto en un tiempo breve. Si, por el tamaño del caso y la cantidad de prueba, un alegato de apertura debe alargarse, entonces cómo sobrellevar esa extensión es una preocupación para el litigante. Pero la relación no es necesariamente proporcional: un caso grande no exige necesariamente un alegato de apertura extenso.

5.3 Sin opiniones personales

Dijimos que el alegato de apertura no debe contaminarse con opiniones personales del litigante. La introducción de las opiniones del abogado le quita credibilidad y fuerza al planteamiento; porque ellas suelen argumentar precisamente aquello que están llamados a probar y los dichos del abogado no son prueba, ni relevantes en tanto tal. Veamos un ejemplo:

El defensor señala: "En mi opinión se estaría cometiendo una gran injusticia si se condena a mi cliente. El es incapaz de cometer un crimen como el que se le acusa, y es también mi opinión que la investigación del fiscal fue defectuosa y poco profesional...".

La opinión acerca de la "injusticia" argumenta precisamente lo que está llamada a probar: que el acusado es inocente -sólo entonces es una injusticia. Lo mismo ocurre con la afirmación "él es incapaz", de cometer el delito y aquella otra crítica respecto de la investigación. Ojo no se trata de que estas ideas no puedan ser expresadas pero la forma en este caso no es una cuestión menor ¿le estamos realmente anunciando al tribunal que mi caso va a consistir en probar estos hechos, y que debe poner atención a la prueba en este sentido? Si es así, la idea de la gran injusticia no aporta mucho, pues sólo equivale a decir "el es inocente" -cosa que, todos sabemos, es trabajo del defensor decir-, respecto de las otras dos afirmaciones de hecho, más nos vale tener pruebas afirmativas que las acrediten, porque el tribunal nos va a pedir cuentas. Si no tengo prueba y ello me fuerza a adoptar un todo de "no quería decir que lo fuera a probar, era sólo un ejercicio retórico, una opinión", eso es pura pérdida.

5.4 Cuidado con exagerar la prueba

Hay que cuidarse de exagerar la prueba que se presentará al juicio, pues todo aquello que anunciemos en el alegato de apertura y que no podamos cumplir luego con evidencia, deteriorará la credibilidad del abogado y de la teoría del caso que está sustentando en el juicio. Adicionalmente, le dará al juzgador la imagen de que fuimos poco honestos e intentamos "pasarle gato por liebre". Ello, además, abre un flanco para que la contraparte desacredite la labor realizada en el juicio por el respectivo abogado, al no cumplirse con lo que él prometió en la apertura. La técnica de "vendedor de autos usados", de prometer maravillas, no es conveniente ni útil para la construcción de credibilidad. Ejemplos de este tipo de errores abundan.

El alegato de apertura del fiscal, "En el juicio, señores magistrados, quedará probado en forma indubitada y sin posibilidad siquiera

de discutir, que el acusado fue visto en el sitio del suceso por un testigo que pudo distinguirlo con claridad y precisión" y luego, en el juicio, el testigo nos indica que lo que pudo ver fue un sujeto de las características físicas del acusado. Así, la contraparte en el alegato de clausura estará en condiciones de decir algo como esto, "...recordarán ustedes señores magistrados que en su alegato de apertura el fiscal nos prometió una identificación indubitada del acusado en el sitio del suceso, pero ¿qué es lo que realmente vimos en juicio? Un testigo que en forma vaga y genérica describe las características físicas de una persona que observó a cerca de 25 metros de distancia, que si bien son coincidentes en términos generales con las del acusado, también corresponden a un porcentaje muy relevante de la población masculina nacional... un testigo que no identificó al acusado como quien efectivamente estuvo ahí, entonces ¿por qué la promesa del fiscal?, ¿no será más bien una cortina de humo al tribunal frente a la debilidad del caso?...".

Como se puede observar en el ejemplo, la exageración siempre se paga. En atención a lo anterior, el abogado debe asegurarse de mencionar, en el alegato de apertura, sólo aquellos hechos que los testigos o el resto de las pruebas que se presentarán en juicio realmente pueden acreditar; sin "jugársela" por alguna información que no está seguro de obtener de un testigo propio o de la contraparte -mucho menos si sabe que no podrá obtener, como en el caso de nuestro ejemplo. La exageración del abogado no suple las deficiencias de la prueba, más bien todo lo contrario.

El abogado debe tener cuidado de no sobrevalorar sus propias capacidades para obtener información de los testigos o de la capacidad de los mismos para retener con exactitud y expresar con claridad los hechos que presenció, no obstante haberlos examinado previamente.

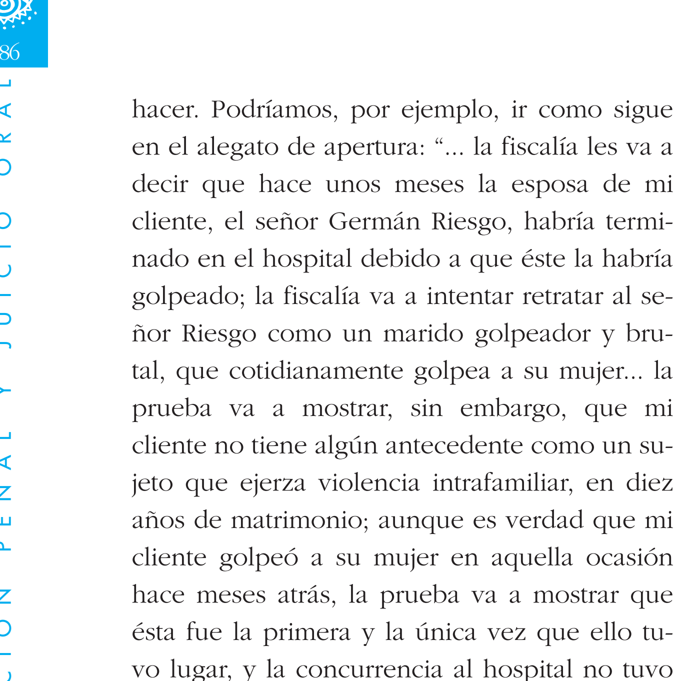
5.5 Anticipar las propias debilidades y explicarlas razonablemente

Uno de los elementos cruciales, para ganar un caso, es la credibilidad que nuestra teoría del mismo logre en la mente de los juzgadores. De acuerdo con esto, resulta indispensable plantearla en la forma más transparente posible desde el inicio del juicio, sin ocultar información que puede ser conocida por la contraparte y que podría en definitiva ser usada en nuestra contra.

No se trata de entregarle a nuestra contraparte los instrumentos para que gane el juicio, ofrecerle toda la información que poseemos, o revelar nuestras propias dudas acerca de ciertos elementos del caso. Se trata simplemente de evitar que la información que puede constituir una debilidad de nuestra teoría del caso o de la prueba -y que creemos posible salga a relucir en el juicio- sea ofrecida por nuestra contraparte en el tono y la versión que ella escoja. Tuvimos oportunidad de discutir este punto, a propósito del examen directo, y aquí lo volvemos a repetir en la misma lógica que fue revisada en dicha oportunidad.

Un ejemplo permitirá aclarar lo señalado:

Vamos a presentar durante el desarrollo del juicio a nuestro cliente, a quien defendemos por un delito de lesiones supuestamente cometido en contra de su esposa. Supongamos que hay antecedentes de un incidente previo, en que la esposa habría ido a parar al hospital también en el contexto de una pelea con su marido. Desde luego, esto parece una debilidad importante de este testigo, porque la información no tiene poco valor de prejuicio. En ese contexto, quizás prefiramos adelantar dicha debilidad y tener la oportunidad de explicarla en aquella porción en que sea explicable, mucho antes de que la contraparte lo saque a relucir en sus propios términos, que generalmente serán aquellos que más daño nos puedan



hacer. Podríamos, por ejemplo, ir como sigue en el alegato de apertura: "... la fiscalía les va a decir que hace unos meses la esposa de mi cliente, el señor Germán Riesgo, habría terminado en el hospital debido a que éste la habría golpeado; la fiscalía va a intentar retratar al señor Riesgo como un marido golpeador y brutal, que cotidianamente golpea a su mujer... la prueba va a mostrar, sin embargo, que mi cliente no tiene algún antecedente como un sujeto que ejerza violencia intrafamiliar, en diez años de matrimonio; aunque es verdad que mi cliente golpeó a su mujer en aquella ocasión hace meses atrás, la prueba va a mostrar que ésta fue la primera y la única vez que ello tuvo lugar, y la concurrencia al hospital no tuvo otro motivo que suturar una pequeña herida en el brazo hecha por un florero que se quebró a resultas de la pelea... la evidencia va a mostrar que tanto entonces como ahora las lesiones de la querellante fueron producto de sendos accidentes, ambos graves, desafortunadamente próximos, y que la querellante está ahora aprovechando para su propio beneficio...".

En este ejemplo, el abogado defensor reconoce en el alegato de apertura que su cliente golpeó con anterioridad a su mujer. Esto es una debilidad, primero porque golpear a una mujer es un acto propio de un gusano y nunca es bueno que nuestro cliente –particularmente si es el acusado- se vea como un gusano -siempre existe menos dificultad y más placer en condenar a un gusano que a una persona-; en segundo lugar, porque introduce un poderoso elemento prejuicioso en contra de nuestro cliente -"si lo hizo entonces, es probable que lo haya hecho también ahora". Sin embargo, en el ejemplo el abogado intenta situar dicho incidente en su justa dimensión, proveyendo una explicación que, al menos parcialmente, logre minimizar el impacto negativo de esta información -"no se trata de que haya llegado a la clínica producto de una golpiza dada por el marido, sino porque se rompió un florero... ; "su mujer debería separarse de ese animal, pero aquí estamos discutiendo responsabilidades penales..."; "con todo, son dos incidentes en diez años... ¿no disminuye eso la idea de que 'si lo hizo antes tal vez también ahora'..."; etc. En conclusión, al igual que a propósito del examen directo, la idea de anticipar debilidades sólo se justifica en la medida en que, junto con anticiparlas, puedan proveer al tribunal de justificaciones mínimamente razonables sobre las ellas. A su turno, estas explicaciones no pueden simplemente inventarse, deben estar avaladas por la prueba -deben ser creídas por los jueces, como cualquier otra proposición fáctica del juicio. En otro caso, el acto de anticipación de las debilidades sería sólo un acto de masoquismo litigante.

5.6 Cuidado con los detalles

Consideraciones de carácter táctico aconsejan que es preferible entregar la explicación de los detalles a los testigos y no desarrollarlos en los alegatos de apertura. Lo contrario puede generar que nuestro alegato sea poco atractivo para los jueces -largo y aburrido- y, por consiguiente, que ellos pierdan la atención de los elementos centrales de la teoría del caso y de la prueba. Además, caer en excesivos detalles en esta actuación inicial del juicio puede tener efectos negativos en varios sentidos. En primer lugar, dado que los jueces conocen con detalle las declaraciones de los testigos, es posible que no les presten atención. En segundo lugar, la repetición de los detalles de parte de los testigos, en forma similar a la planteada por el abogado, puede prestarse para pensar que éstos se están limitando a repetir un libreto previamente preparado por aquel, con la consiguiente pérdida de credibilidad para el testimonio. En tercer lugar siempre es posible -y, la verdad, más que probable- que los testigos no declaren

exactamente lo mismo -nunca lo hacen-, lo cual nos dejará frente a los jueces con promesas incumplidas o, peor, con información contradictoria respecto de nuestros propios testigos.

Finalmente, hay que tener presente que a esta altura los jueces no conocen muchos elementos del caso, en este contexto entrar al análisis de detalles puede ser una forma de perder a los jueces respecto del núcleo central de nuestra teoría del caso. Luego, en el desarrollo del juicio, tendremos múltiples posibilidades de ir sobre los detalles, por ahora hay que tener cuidado con ellos.

5.7 La importancia de personalizar (humanizar) el conflicto: el "tema"

El conflicto social, que se encuentra detrás de cada delito, tiende a ser considerado como una cuestión abstracta por parte de los juzgadores, pues su labor fundamental se encuentra orientada a establecer si ciertas conductas encuadran o no con los tipos penales abstractos.

Detrás del conflicto se encuentran, sin embargo, personas. Personas para quienes el delito cometido o sus consecuencias pueden representar cambios fundamentales en su vida.

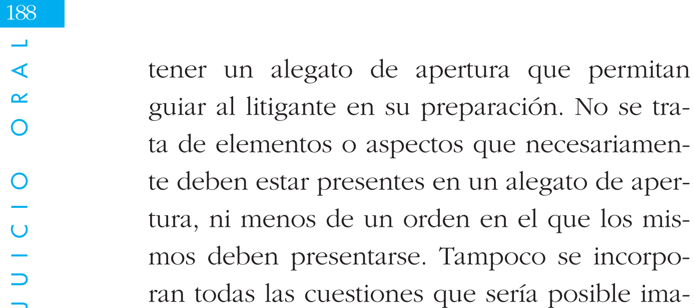
En la medida en que el abogado logre humanizar o personalizar el conflicto en actores de carne y hueso, y que logre además la empatía de los jueces para con la persona detrás del conflicto, víctima o acusado, ello incentiva también la disposición mental hacia nuestra teoría del caso.

Es aquí donde surge la cuestión del "tema". A todo conflicto jurídico subyace un problema que puede ser caratulado desde la perspectiva de la justicia. Incluso el caso más árido. Por ejemplo, un reseco caso de seguros puede perfectamente consistir en que "el demandante cumplió responsablemente su contrato, pagando la prima religiosamente durante diez años; sin embargo, después de haber lucrado diez años a costa de mi cliente, la compañía se corre ahora que le toca responder...". Esto es tanto más cierto en los casos penales. No se trata de que los jueces deban guiarse por criterios morales y no por el derecho. Sin embargo, tanto el derecho como la prueba ofrecen con frecuencia diferentes vías para recorrer. Y, cuando los jueces están llamados a tomar esas opciones, no les resulta irrelevante saber que no sólo es acertado desde el punto de vista jurídico lo que están haciendo, sino también correcto desde el punto de vista de la justicia. Esto les ofrece un incentivo moral para adoptar la interpretación del derecho que les estamos proponiendo.

Por lo mismo, desde el alegato de apertura el abogado debe intentar personalizar el conflicto, no discutir sólo en abstracto, sino dar cuenta de que en el caso se juegan cuestiones muy concretas para personas reales. No se trata de crear un melodrama sobre el caso o hacer que los jueces lloren de emoción frente a nuestras conmovedoras y teatrales palabras -en contra del prejuicio popular sobre los juicios orales, eso rara vez resulta. Mucho mas simple que eso, la idea es darle un contenido real a las abstracciones y palabras con las que suelen formularse las acusaciones y mostrar que detrás del caso existe un problema con protagonistas, que son personas que vivieron un conflicto muy importante que los llevó a estas instancias. Detrás de esas personas hay motivaciones, historias, puntos de vista, etc. Será importante mostrarle eso al tribunal ya que conocer esa información puede permitir que valoren o procesen de una manera distinta el caso.

6. Algunos Componentes del Alegato de Apertura

Para finalizar este capítulo, nos parece útil revisar algunos aspectos concretos que puede



tener un alegato de apertura que permitan guiar al litigante en su preparación. No se trata de elementos o aspectos que necesariamente deben estar presentes en un alegato de apertura, ni menos de un orden en el que los mismos deben presentarse. Tampoco se incorporan todas las cuestiones que sería posible imaginar que un alegato de apertura puede contener[21].

Nos parece que la lista que sigue puede servir como guía para el litigante, para vigilar que su alegato no deje fuera elementos importantes, que deben ser conocidos por el tribunal al inicio del juicio. Pero volvemos a repetir, si éste se toma como un esquema tipo de alegato, el resultado normalmente será el de uno poco efectivo y relativamente aburrido. Lo que pretendemos es darle al lector ideas para armar su alegato.

6.1 Introducción

Los primeros minutos del alegato de apertura resultan fundamentales para fijar en la mente de los juzgadores una primera impresión, favorable para nuestra teoría del caso. En estos minutos puede ser conveniente realizar una introducción del caso que contenga la información esencial que nos interesa sea conocida y comprendida por los jueces. Esta información esencial en general está constituida por la presentación de nuestra teoría del caso de manera clara, así como los temas involucrados en el mismo.

[21] Para hacer una revisión más sistemática de estos y otros elementos, se puede ver Mauet, Thomas. Fundamentals of Trial Techniques (Third Edition). EEUU: Little Brown and Company, 1993. 50-61. Siguiendo tal texto hemos seleccionado aquellas que nos parecen más relevantes o significativas.

6.2 Identificación de los principales intervinientes en el caso

Otro elemento que puede estar presente en un alegato de apertura es el de identificar a los principales intervinientes en el caso, especialmente al cliente o a la víctima, dependiendo de la posición en que se esté. La identificación de los intervinientes resulta muy útil porque permite a los abogados personalizar y humanizar un conflicto que hasta ese momento los jueces sólo conocen en abstracto. En la medida que los juzgadores logren identificar a una determinada persona, se habrá obtenido un gran avance.

En este sentido, las personas tienen nombres, apellidos, características y atributos concretos. Toda la gracia de estos atributos es que permiten identificar a las personas y distinguirlas unas de otras. En este sentido, si el defensor quiere estar permanentemente recordándole al tribunal que su cliente es "una persona acusada de homicidio", no tiene más que referirse a él como "el acusado"; si quiere enfatizar que tiene con un contrato de prestación de servicios profesionales, puede seguir llamándolo "mi representado". Pero, si lo que quiere es personalizar el conflicto, en juicio, probablemente valga la pena que se refiera a él como "Jorge Maldonado".

Cuidado con hacer de esta individualización una larga lista de nombres y datos más allá de lo que el tribunal no está en condiciones de digerir a esta altura del proceso. Esto incluye aquellas identificaciones que son irrelevantes para efectos de la identificación al servicio de la historia -por ejemplo, el tribunal no necesita saber dos nombres y dos apellidos, tal vez incluso con el nombre de pila o el apellido baste.

La identificación no sólo puede cubrir aspectos formales como el nombre, sino algunos elementos que permitan ubicar a la persona en

el relato -"Gloria, la hermana de la víctima"- e, incluso algunos que puedan iniciar predisposiciones mentales para la valoración posterior de credibilidad -recordemos que sólo a nivel de anuncio.

Ejemplo:

Tratándose del fiscal en un caso de lesiones: "Señores jueces, vamos a oír a Don Martín Ramírez, un profesional y padre de familia de cinco hijos de entre 3 y 12 años. Don Martín antes del accidente era una persona completamente saludable, que solía practicar deportes como el fútbol y el tenis con sus amigos e hijos. Hoy día, producto del accidente del siete de agosto de 2004, su pierna izquierda se encuentra paralizada por completo, impidiéndole realizar cualquier actividad deportiva y teniendo dificultades incluso para caminar".

En este ejemplo presentamos a la víctima, pero no de manera formal (nombre, domicilio, cédula de identidad y profesión), sino desde el punto de vista de quién era antes de ser víctima y del impacto que tuvo el delito en su contra. Ello le permite al tribunal, desde el inicio, saber de qué se trata este caso para esta persona, que deja de ser una "víctima de lesiones" y se convierte en una persona de carne y hueso, respecto de quien el delito produjo efectos importantes.

6.3 Escena

En una cantidad importante de casos, tener una descripción clara del lugar donde ocurrieron los hechos es clave para sustentar nuestra teoría del caso y para tener una adecuada comprensión de cómo los hechos ocurrieron. Por lo mismo, resulta conveniente, en los alegatos de apertura, realizar una descripción acerca del lugar en que el delito fue cometido, de forma tal que los jueces "cerrando los ojos" puedan imaginárselo con exactitud. De nuevo, esta descripción no debe ser asumida como una pura formalidad, sino debe ser puesta al servicio de la historia. Lo mismo que en todo el resto del alegato, hay que cuidar también el exceso de detalles que puedan distraer la atención del tribunal, confundan la foto general, o hagan promesas de prueba que se incumplirán.

6.4 Bases para la absolución o la condena: el derecho

Muchos alegatos de apertura incluyen en su parte final una suerte de resumen de los elementos que luego servirán a los jueces para establecer la responsabilidad del acusado sobre el respectivo delito imputado. No se trata de sacar conclusiones ni adelantar el razonamiento que los jueces deberán realizar, sino simplemente remarcar la concurrencia de los elementos necesarios para declarar la absolución o la condena del acusado.

Si se desea hacer esto, sin embargo, hay que procurar ponerle a estos anuncios "valor agregado" respecto del caso concreto. De otra manera, los litigantes se encontrarán repitiendo un formato general que -los jueces saben- es su rol, recitar. Mientras más ocurra esto, es menos útil el alegato en esta parte. Revisemos un par de ejemplos:

El abogado defensor señala: "Al final de este juicio, los señores magistrados podrán apreciar que no concurrió el animo de lucro de mi representado en la supuesta sustracción que se le imputa...". Aunque el alegato anuncia que la teoría del caso es la falta de ánimo de lucro -encambio no la negación de la conducta- se gana todavía más, si el anuncio es concreto:

"Al final de este juicio, los señores magistrados habrán escuchado dos testigos que declararán haber escuchado al señor Galdames -el acusado- decir que la señora María -la víctima- le había prestado el auto, y que se lo de-

volvería al día siguiente. Además, el video de una cámara de seguridad mostrará que al día siguiente de hecho el Sr. Galdames estuvo durante media hora tocando el timbre de la casa de la Sra. María, con el auto estacionado al frente de la misma…". Como muestra el ejemplo, no sólo le decimos al tribunal "en el caso no concurre el ánimo de lucro", sino que le anunciamos la versión concreta de lo que ocurrió, unido al anuncio de la prueba que dará cuenta de ello.

Al concluir esta parte, normalmente vendrá la solicitud concreta de absolución o condena de parte del litigante. Si se trata de una condena -fiscal-, se deberá señalar cuál es la pena cuya aplicación se solicita para el caso.

Es en esta parte que se abre el espacio para que los abogados planteen cuestiones de derecho y recurran a la dogmática. Sin embargo, debe tenerse presente respecto de esto que este ejercicio debe limitarse estrictamente a las discusiones jurídicas que realmente valgan la pena tener. En este sentido:

- La verdad es que en una mayoría de los casos penales el derecho está bastante claro, y lo que realmente determina el caso es el establecimiento de los hechos.
- No es imprescindible que el alegato de apertura incluya aspectos jurídicos. Ser buen abogado no exige hacer despliegues de conocimiento dogmático.
- El derecho que es conocido por los jueces es pura repetición inútil "los elementos del homicidio son...".

Si es que el litigante realmente tiene una cuestión de derecho que plantear, debe asegurarse de estar ofreciéndoles a los jueces valor agregado y tener una posibilidad real de ganar el punto.

X. El Alegato de Apertura

1. Armar el rompecabezas, específico y concreto.

El alegato final no puede tener mayor importancia en la litigación, es el primer y único ejercicio argumentativo en todo el juicio. Mientras en el alegato de apertura y en el examen de testigos la completa presentación de la prueba aún no se produjo y, por lo tanto, no es procedente que los abogados expliciten en ellos ninguna conclusión -en consecuencia, sería objetable -, el alegato final no sólo permite al abogado sugerir conclusiones al tribunal acerca de la prueba presentada, sino que lo urge a hacerlo . aquí es donde recién ensamblaremos todas las piezas del rompecabezas que vinimos armando a través de la presentación de la prueba. Allí mostraremos al tribunal, de qué manera cada pedazo de prueba y cada trozo de información se conjuga para probar nuestras proposiciones fácticas y hacer creíble nuestra teoría del caso. En el alegato final es que los abogados le darán unidad y coherencia al relato que vinieron construyendo y harán su lectura íntegra y de corrido por primera y única vez.

Sin embargo, para que el alegato final cumpla esta función a cabalidad lo que vamos a hacer con él, es algo tremendamente específico. El alegato final no es lo mismo que el alegato de apertura o que un alegato en el sistema de recursos. No es cualquier cosa que al abogado se le ocurra pararse a decir. No es un ejercicio emotivo, ni retórico, ni de oratoria y, por sobre todo, no es una última y mágica oportunidad para salvar un mal juicio. El alegato final es un ejercicio argumentativo por excelencia -el único ejercicio argumentativo en todo el juicio- y no cualquier ruido que sale de la boca de un litigante equivale a un argumento, mucho menos a un argumento efectivo. Hay ruidos que son sólo eso, ruido. Para que el alegato final cumpla con efectividad su función argumentativa respecto de la prueba, se requiere mucha claridad del litigante acerca de lo que es su alegato final y destrezas muy concretas.

El alegato final comienza y termina con la prueba efectivamente producida en juicio. Para el momento en que la presentación de la prueba termina, el tribunal de un juicio oral escuchó una enorme cantidad de información, heterogénea, de diversa calidad, con diversos grados de consistencia, con decenas de elementos de credibilidad en torno a ella, inserta en múltiples versiones acerca de los hechos. Y esos jueces tienen que tomar la decisión de condenar o absolver a una persona. La tienen que tomar sin ayuda de ningún expediente, sin haber investigado el caso, estrictamente sobre la base de las conclusiones que puedan extraer de la prueba presentada. Es una decisión dura para cualquier persona y metodológicamente todo un arte en los términos de la construcción de conclusiones. A estas alturas, todo lo que un juez quiere es luz acerca de cómo debe entenderse todo este cúmulo de información y por qué esa interpretación es superior a otras. El juez no necesita disertaciones en derecho, declaraciones poéticas, opiniones generales ni referencias vagas. Necesita iluminación acerca de lo que el conjunto de la prueba dice y de dónde se pudo extraer eso. Esto es lo que el litigante debe ser capaz de hacer en el alegato final, iluminar el juicio del juzgador. El litigante investigó el caso, presentó la prueba, planificó las líneas de examen y contraexamen, sabe lo que quiso decir en cada parte del juicio, de manera que él -o ella- mejor que nadie, puede darle al juez lo que necesita con urgencia.

Entonces lo primero que debe entenderse es que el alegato final es un ejercicio tremendamente específico y concreto en relación con la prueba. Tal vez la mejor manera de graficar esta especificidad y concretitud sea la imagen opuesta, representada por muchos formatos de

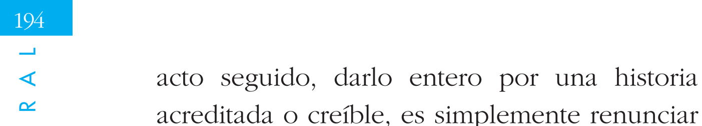
resoluciones judiciales, incluidas muchas veces en sentencias definitivas, "vistos y considerando: el parte policial de fojas 1; la declaración del testigo Pedro a fojas 8, que señala...; la declaración del testigo 16, que señala... ; los peritajes de fojas 25 y 37, que señalan... ; y apreciadas las pruebas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica... se da por establecido... (el relato de la acusación)...". Este formato de análisis -que es posible observar con frecuencia en alegatos finales de abogados- es perfectamente equivalente a decir "estimo que la prueba acredita mi posición, y no se me da la reverenda gana de explicar como llegué a esa conclusión...". El razonamiento no dice qué proposiciones fácticas resultan acreditadas exactamente por qué prueba; por qué dicha prueba acredita esas proposiciones fácticas de manera más creíble que otras pruebas inconsistentes con ella; cómo esas proposiciones fácticas son consistentes con otras, también acreditadas -y cómo son acreditadas esas-, de qué manera dichas proposiciones fácticas satisfacen cuáles elementos jurídicos, y así suma y sigue.

A cambio de eso, veamos otro par de ejemplos, el fiscal: "¿recuerdan a la señora Maldonado diciendo que había visto a un hombre joven arrojando un revólver entre los matorrales de su casa? ¿la recuerdan además diciendo que ese joven vestía una chaqueta de cuero completamente roja? Pues bien, recuerden ahora el informe del laboratorio señalando que el arma encontrada entre los matorrales de la Sra. Maldonado fue aquella con la que se hicieron los disparos ¿y a quién pertenece esa arma? Eso también lo sabemos, está registrada nada menos que a nombre de Manuel Cruz, según consta en el respectivo registro que presentamos en la prueba. Ahora bien, la policía lo detuvo dos horas después del crimen en la puerta de su casa, vistiendo nada menos que esta chaqueta que tenemos aquí, completamente roja...".

La defensa: "...sí, la Smith & Wason encontrada entre los matorrales de la Sra. Maldonado es de mi defendido, de eso no cabe duda… de hecho don Manuel mismo la reconoció en el estrado... pero eso sólo prueba que el arma es suya, nada más; no prueba que mi defendido haya cometido el homicidio… recuerden que cuando le pregunté, en el examen directo, cómo era posible que hubieran encontrado su arma allí, nos dijo que se la habían robado la semana anterior y, de hecho, presentamos una copia de la denuncia respectiva... recuerden además que la misma testigo -la Sra. Maldonado- fue incapaz de reconocer al señor Cruz como la persona que vio esa noche… y recuerden además que esta defensa ha demostrado también que la Sra. en cuestión es daltónica, tanto por las fichas médicas como por su propia admisión en el contraexamen... de manera que su testimonio acerca del color de la chaqueta de la persona que vio arrojando el arma no nos dice mucho acerca de eso, tratándose de una persona que adolece de una patología que, específica y concretamente, consiste en confundir los colores...".

Como muestran los ejemplos, entonces el alegato final es un ejercicio específico, en el sentido de que debe hacerse cargo pormenorizadamente de las múltiples proposiciones fácticas que pretende acreditar cada una de las pruebas -quizá la afirmación de la Sra. Maldonado en el sentido de que pudo distinguir que la chaqueta era roja no sea creíble, pero tal vez sí su afirmación de que quien salió era un hombre y que arrojó algo en los matorrales, aunque tal vez no la afirmación de que ella pudo reconocer una pistola. Tal vez la declaración del imputado sea creíble y acredite la proposición fáctica de que hizo la denuncia del robo del arma, pero tal vez no la proposición fáctica -distinta- de que no estaba en poder del arma el día del homicidio.

La mera síntesis de un testimonio para,



acto seguido, darlo entero por una historia acreditada o creíble, es simplemente renunciar al análisis de dicha prueba.

A su turno, es un ejercicio concreto en el sentido de que debe hacerse cargo de la prueba tal y cómo ella, de hecho, se produjo en el juicio: nombres, direcciones, dimensiones, medidas, pesos, distancias, frases textuales de los testigos, gestos que hicieron durante el testimonio, preguntas específicas con sus específicas respuestas, todo ello representa la concretitud del alegato final.

Este ejercicio específico y concreto se tiene que hacer o el alegato final se torna una pura formalidad, los jueces saben que el fiscal estima que la prueba acredita su caso, y saben que el defensor cree lo contrario y si no lo creen genuinamente, es su rol y les pagan para decir que lo creen. De manera que cuando las partes se limitan a decir eso, en realidad no están diciendo nada. Entonces la pregunta para el alegato final es, ¿qué más al respecto puedo dar a los jueces?; ¿qué les puedo dar y que sea algo que no sepan? Y esto es un análisis acerca de qué es lo que la prueba concreta y específicamente dice, acompañada de un ejercicio argumentativo -razones igualmente concretas y específicas- para creer que la interpretación de cada prueba es más creíble que la de mi contraparte.

Como hemos insinuado en los capítulos anteriores, es el alegato final lo que el abogado debe tener en mente cuando planea y ejecuta cada una de las etapas anteriores. Cuando se contraexamina a los testigos de la contraparte, con frecuencia el sentido de sus líneas de contraexamen sólo cobran sentido cuando, en el alegato final, la información obtenida es puesta al servicio de un argumento. Veamos un ejemplo: en el caso Kiev -que hemos revisado ya a propósito de los capítulos II y IV- la fiscalía preguntó extensamente al Sr. Kiev -el acusado-, acerca de las relaciones entre Ana -la hija abusada- y sus padres -él y su esposa. El señor Kiev se explayó entonces con lujo de detalles en cuán buen padre era él y cuán preocupado de sus hijos, a diferencia de su mujer que escasamente les prestaba atención. Describió como fue él quien los esperaba cuando volvían del colegio, él era quien los ayudaba con las tareas escolares y él, quien les hacía regalos constantemente. Sus hijos lo adoraban y, en cambio, sentían resentimiento por la falta de atención de su madre. Una vez que dijo todo esto, la fiscalía dejó allí esta línea temática del contraexamen y se desplazó hacia otro tópico. La pregunta a esas alturas era, entre los presentes, por qué la fiscalía le había dado al acusado la posibilidad de caracterizarse como un buen padre de familia enfrente del tribunal, a la par que caracterizar a su esposa como una bruja insensible y despreocupada por sus hijos. Sin embargo, esta línea del contraexamen -aparentemente inocua para la contraparte, si es que no derechamente favorable- estaba convenientemente prevista por la fiscalía para ser utilizada en el alegato final. En efecto, allí la fiscal argumentó frente al tribunal algo similar a lo que sigue: "...el tribunal ciertamente a escuchado decir a la defensa que no hubo tales abusos sexuales. También han escuchado a la defensa sugerir que todo este caso no es más que una invención de una mujer despechada, a quien su marido acababa de dejar por otra mujer, y cuyo negocio ella desea retener. Por cierto, lo anterior supone que la señora Kiev haya logrado convencer a Ana, de once años, para que declare públicamente hechos que a un niño de esa edad avergüenzan más que nada. Que declare tales hechos en forma consistente y permanente durante los últimos tres años de su vida, ante múltiples oficiales de policía, asistentes sociales, psicólogos clínicos, oficiales de los servicios comunitarios, fiscales y, finalmente, a este tribunal. Sin embargo, ¿cómo pudo esta madre -egoísta, descuidada y

poco querida por sus hijos, según la propia descripción del acusado- convencer a Ana para que diga todas estas horribles cosas en contra de su padre -de su bondadoso y querido padre, tal como él nos ha contado-, sabiendo Ana que por ello él puede ir a la cárcel? Porque esto es lo que la defensa pretende hacernos creer...".

El alegato final, entonces, empieza a prepararse desde el más temprano momento, y los exámenes de testigos y demás presentación de evidencia, están siempre al servicio de ponernos en condiciones de construir en él estas argumentaciones específicas y concretas.

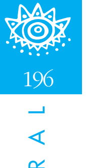
El arte de argumentar y persuadir es, en parte, una cuestión de estilo. Cada persona tiene el suyo, y no hay ninguno en principio especialmente superior a otro. Qué exactamente debe decirse en el alegato final variará de caso a caso y de abogado en abogado, cada litigante debe convertirse en la mejor versión de su propio estilo. Con esa prevención, en este capítulo, revisaremos algunas cosas que conviene tener presente al momento de planificar nuestro alegato final.

2. Claro y directo

Con frecuencia se ven abogados malgastando el alegato final en agradecer al tribunal por su tiempo, señalando cuán largo y complejo ha sido este caso, u otras cortesías por el estilo. Aunque lo cortés no quita lo valiente, los jueces están ahí porque es su trabajo –lo mismo que el litigante- y la extensión o complejidad del caso puede ser comentada en otro momento; lo realmente importante es darle al juzgador lo que el juzgador a esas alturas necesita con premura: luces respecto de la prueba, una petición concreta y las razones por las cuales pretenden tener derecho a dicha petición. La querrán escuchar en forma clara, eficiente y de un modo que capture y mantenga su atención.

Los primeros momento del alegato final son aquellos donde concentramos la mayor intensidad de atención por parte de los jueces, de manera que hay que usarlos para poner sobre la mesa una brevísima, fuerte y rápida introducción que les diga, a los jueces, que lo que uno va a decir vale la pena ser oído.

En el mismo sentido, el alegato final no es un discurso emocional, ni una declaración de principios, ni un manifiesto ideológico, ni un juego de oratoria. Esto no quiere decir que los casos no tengan componentes de todo esto, y es para riesgo del litigante decidir cuánto quiere adentrarse en ellos; pero de vuelta con lo mismo, la pregunta fundamental es "¿qué tengo para decirles a estos jueces por sobre lo que ellos ya saben y que les haga creer que vale la pena escucharlo, en lugar de quedarse con sus propias reflexiones?" Usar el alegato final para pretender conmover a los jueces, casi siempre llevará a desperdiciar esta única oportunidad argumentativa; los jueces piden metafóricamente auxilio en una decisión que están a punto de adoptar y uno les viene con llanto y poesía; para eso no necesitan a los abogados, seguramente tienen sus propios sentimientos, el alegato final es acerca de la prueba. Es cierto que a la prueba se superponen distintas versiones, pero también es verdad que no cualquier versión es creíble o aceptable respecto de la prueba que, en concreto, acabamos de ver. Mientras los jueces tengan una mayor impresión de que el abogado no se está haciendo cargo del análisis específico y concreto de la prueba -que no los está poniendo en mejores condiciones para resolver- y que sus alegatos más bien obvian, tergiversan, disfrazan o exageran la prueba, menos disposición tendrán siquiera para escucharlo.



3. Contenido

3.1. Teoría del caso

Más que ninguna otra cosa, el alegato final debe comunicar nuestra teoría del caso. Algunos testigos pueden no ser considerados, algunos detalles omitidos, algunas debilidades pasadas por alto, algunos argumentos legales obviados, pero, en su conjunto, el alegato final debe ser capaz de dar cuenta cómoda y creíblemente de la teoría del caso.

La teoría del caso debe ser creíble y legalmente suficiente. Es decir, debemos persuadir a los jueces de que las cosas efectivamente ocurrieron como decimos, y que el hecho de que hayan ocurrido de un modo exige la consecuencia jurídica que proponemos. A continuación revisamos ambos aspectos.

3.2. Credibilidad y argumentatividad.

El alegato final es el único debate explícito de los litigantes por la credibilidad de sus respectivas teorías del caso. A diferencia del resto del juicio, el escenario de esta lucha en el alegato final es un escenario esencialmente argumentativo. Mientras las demás etapas del juicio se limitan sólo a anunciar lo que, en la visión de la parte, debería ocurrir en el juicio -alegato de apertura- o bien a extraer información de la evidencia -examen de testigos-, el alegato final es la etapa genuinamente discusional: la primera y última oportunidad para hacerse cargo del análisis de credibilidad de cada prueba de manera específica y concreta.

La credibilidad de mi teoría del caso, en consecuencia, se expresa y depende del ejercicio argumentativo del alegato final.

Veamos algunos elementos que componen este ejercicio argumentativo y, por lo tanto, de los que debe hacerse cargo el alegato final.

3.2.1. *Conclusiones.*

Como dijimos, el alegato final no sólo permite sacar conclusiones de la prueba, sino que ese es todo su sentido. Una conclusión es una específica visión acerca de qué proposición fáctica resulta acreditada por la prueba presentada en juicio y del modo en que ésta debe ser valorada.

Como mencionamos al principio, estas conclusiones deben ser específicas y concretas y que expliquen, qué pruebas exactamente acreditan cuáles proposiciones fácticas y de qué manera dichas proposiciones fácticas satisfacen exactamente algún elemento de la teoría jurídica. A eso se agrega el trabajo de ofrecer razones acerca de por qué las conclusiones sugeridas son las correctas y deben ser preferidas a las otras versiones en competencia. Estas razones deben hacerse cargo de las fortalezas tanto como de las debilidades de las proposiciones fácticas -el test de la superposición-, también deben revisar las fortalezas y debilidades de la prueba -credibilidad. Por lo tanto, deben hacer interactuar consideraciones de lógica formal y todos los elementos de credibilidad de la prueba, mismos que aludiremos más adelante.

3.2.2. *Coherencia lógica.*

La primera cuestión que hace a la credibilidad de un relato es su coherencia lógica. Una teoría del caso -y consecuentemente el alegato final que la sustenta- debe ser lógicamente coherente, en el sentido de que las proposiciones fácticas, que la componen, deben hacer lógicamente plausible el relato que nuestra teoría del caso contiene. Es poco frecuente que las proposiciones fácticas que acreditamos lógicamente hagan necesaria la conclusión de nuestra teoría del caso, es decir, que dicha conclusión sea el único relato posible, si podemos lograr esto, tanto mejor. Pero, para efectos de plantear una teoría del caso lógicamente coherente, basta con la plausibilidad lógica de las conclu-

siones a la luz de la prueba rendida y de las proposiciones fácticas acreditadas. Dicho de otro modo, lo que resta credibilidad a una conclusión -teoría del caso- no es que las proposiciones fácticas no conduzcan necesariamente a ella, sino que ella no sea lógicamente plausible -que se contradigan entre ambas.

Veamos esto en un ejemplo, supongamos que en un caso por homicidio contamos con un testigo que dice haber escuchado un disparo y, acto seguido, haber visto salir al imputado de la casa de la víctima, su vecino; además la fiscalía tiene el revólver encontrado junto al cuerpo, en el que se encuentran las huellas dactilares del imputado. La conclusión de que "el imputado fue" no es una conclusión necesaria de la prueba, sino meramente plausible. Tal vez fuertemente plausible -probable-, pero no necesaria, la conclusión no es la única obligada respecto de dicha prueba, hay relatos -conclusiones- alternativos, que podrían explicar que el imputado hubiere abandonado la casa momentos después del disparo, y que sus huellas estén en el arma. Pero, como dijimos no es necesario que la conclusión sea necesaria, sino meramente plausible. ¿Cuán plausible debe ser? Tan probable como exija el estándar de convicción.

Lo relevante para los efectos de nuestro alegato final es que, en la medida en que nuestro caso no sea lógicamente coherente -es decir, que sus conclusiones no sean lógicamente plausibles a la luz de la prueba y de las proposiciones fácticas probadas- pierde credibilidad.

Volvamos al caso Kiev, la teoría del caso de la fiscalía era, en esta parte que la señora Kiev no denunció los supuestos abusos porque no sabía inglés. Sin embargo, supongamos que el tribunal estima acreditadas la siguientes proposición fáctica: "la Sra. Kiev abrió una cuenta corriente en la misma época, sin ayuda de ningún traductor". Frente a esta proposición fáctica, la teoría del caso de la fiscalía no parece plausible, en la medida en que la conclusión es inconsistente con una proposición fáctica que le sirve de premisa:

Premisa 1: "la Sra. Kiev no sabe inglés suficiente como para denunciar los hechos".

Premisa 2: "la Sra. Kiev sabe inglés suficiente como para abrir una cuenta corriente".

Conclusión: "aún cuando era capaz de abrir una cuenta corriente, no era capaz de (hacer algo lingüísticamente igual o menos complejo como) denunciar los hechos".

La conclusión no cierra. Que una conclusión cierre o no -desde el punto de vista de su plausibilidad lógica- casi siempre estará determinado por una premisa intermedia perteneciente a las máximas de la experiencia o el sentido común -salvo que se trate de afirmaciones que estén fuera del conocimiento lego. En el ejemplo, esa premisa intermedia está constituida por el paréntesis intercalado en la conclusión: denunciar un delito es, desde el punto de vista del lenguaje requerido, menos complejo -o al menos tan complejo- como abrir una cuenta corriente. En definitiva, es esta premisa la que resta plausibilidad a la conclusión; esta premisa pertenece a una cierta experiencia compartida acerca de qué toma hacer una denuncia y qué toma abrir una cuenta corriente.

El hecho de que las conclusiones sean lógicamente necesarias, o simplemente plausibles, depende mucho de la fuerza de la prueba, y abre toda un área de razonamiento judicial constituida por la distinción entre prueba directa y prueba indiciaria. Desde luego, la fuerza de la prueba lo es respecto de la acreditación de una proposición fáctica; todavía dicha proposición fáctica debe ser suficientemente poderosa para satisfacer el elemento jurídico respectivo. A su turno, la diferencia en el



estándar probatorio entre la fiscalía y la defensa parecen también hacer diversos grados de exigencia a la coherencia lógica de las respectivas teorías del caso.

Cuando estemos preparando el alegato final resulta útil comenzar nuestro proceso de razonamiento de adelante hacia atrás, desde las conclusiones hasta la prueba. De esta forma resulta más claro saber cuáles son las conclusiones que debemos sostener en la prueba y, desde allí, podremos buscar los hechos establecidos por la prueba. El alegato final es un ejercicio estratégico, pretende construir una visión del juicio y de la prueba.

3.2.3. *Prueba indiciaria y prueba directa*

Una área de trabajo principal para las conclusiones, está constituida por la prueba indiciaria (por oposición a la prueba directa).

La prueba es directa cuando no exige proceso de razonamiento alguno para concluir, desde la prueba, la proposición fáctica: si el juzgador cree en la autenticidad de la prueba, la proposición resulta probada sin más. Este es el caso, por ejemplo, del video que muestra a un sujeto igual al acusado entrando al banco con un M-16 en la mano. Si el juez cree que el video es auténtico, entonces no requiere de razonamiento alguno para dar por acreditada la proposición fáctica: "una persona igual al acusado entró al banco con un M-16". Por supuesto, eso deja a salvo otras proposiciones fácticas que este video no alcanza a probar de manera directa y de las que, sin embargo, podrán ser prueba indiciaria: "el banco fue efectivamente robado", "la fecha del robo fue...", "el acusado robó el banco", "el M-16 era un arma verdadera", "el acusado fue quien robó el banco y no su hermano gemelo". Pero, respecto de la proposición fáctica "una persona igual al acusado entró al banco con un M-16", el video constituye prueba directa: si el acusado cree en la autenticidad del video, entonces la proposición fáctica resulta acreditada de manera automática.

Respecto de la prueba directa, entonces, no tendremos que sugerir al juzgador ningún razonamiento a través del cual debe llegar a la conclusión que proponemos, pero sí tendremos que preocuparnos de asentar la autenticidad y credibilidad de dicha prueba.

La prueba indiciaria (o circunstancial, o indirecta) es aquella que, para demostrar una proposición fáctica, no le basta dar por auténtica la pieza probatoria, sino que requiere la mediación de razonamiento judicial, por lo general bajo la forma de una inferencia lógica. Así ocurre, por ejemplo, cuando acreditamos que la huella dactilar del acusado está en el arma homicida: el juez todavía requiere inferir la conclusión de que "entonces el acusado lo hizo", y justificar dicha inferencia.

De esta suerte, el carácter persuasivo de la prueba indiciaria depende no sólo de su credibilidad, sino también de la fuerza de la inferencia. Volvamos al caso del Dalí, revisado a propósito del capítulo de teoría del caso:

El testimonio del señor Edwards en el sentido de que Martita le dijo "este cuadro es original" constituye prueba directa de la proposición fáctica "ella pronunció esas palabras". Si el juzgador cree en el testigo, (señor Edwards) respecto de este punto, la proposición fáctica resulta acreditada. No obstante, respecto de otras proposiciones fácticas -por ejemplo "Martita engañó al señor Edwards"- es, en el mejor de los casos, prueba indiciaria. El juez tiene que intercalar una inferencia que le permita extraer dicha conclusión. Esta inferencia, en este caso, tal vez requiera ser construida con auxilio de otras proposiciones fácticas a su turno acreditadas (todas las cuales, seguramente, van a constituir indicios de esta misma conclusión. Por ejemplo: "Martita sabía que era falso", "Martita le comentó a su contador lo fácil que sería vender esa reproducción como un original", etc.).

El peritaje que dice que US$ 20.000 es lo que valdría ese Dalí original y no la reproducción -por muy buena que sea- sólo es prueba directa de la proposición fáctica, "este Dalí original vale US$20.000". Sin embargo, respecto de la proposición fáctica "el señor Edwards creía estar pagando un Dalí original" es puramente indiciaria: para que el juez la dé por acreditada debe intercalar una inferencia lógica del tipo, "si Edwards pagó ese precio es porque creía estar comprando el original"; esa inferencia (conclusión) requiere echar mano de una premisa intermedia del mundo del sentido común, del tipo "las personas sólo están dispuestas a pagar aquello que creen vale el precio".

Ambos casos ilustran el punto cenrtral: la fuerza de la prueba indiciaria no sólo depende de la credibilidad de la prueba, sino de la calidad de la inferencia. En el caso de la evidencia indiciaria, la prueba sólo acredita la proposición fáctica que sirve de premisa al silogismo; pero todavía si el proceso deductivo o inductivo es débil, el razonamiento en su conjunto cae. Como la prueba indiciaria exige siempre que el razonamiento construya -y justifique- una premisa intermedia que casi siempre pertenece al mundo de las máximas de la experiencia o del sentido común, una de las más típicas debilidades de la argumentación en torno a la prueba indiciaria está, precisamente, en esa premisa intermedia, esto equivale a que la pretensión de que cierta premisa pertenece a dichas máximas de la experiencia o que es exigida por el sentido común.

Volvamos a los ejemplos ya mencionados. Veamos el silogismo en el primer caso:

Premisa 1: Martita le dijo al señor Edwards "*este cuadro es original*".

Premisa 2: Es de sentido común suponer que, si ella era dueña de la galería, debió haber sabido que el cuadro era falso.

Conclusión: Martita engañó a Edwards acerca de la autenticidad del cuadro.

Sin embargo, ¿es cierto que "es de sentido común suponer que, si ella era dueña de la galería, debió haber sabido que el cuadro era falso"? Tal vez Martita debió haberlo sabido o tal vez no. La pregunta indaga si es cierto que esa proposición pertenece al mundo del sentido común y no, que en el mundo de las galerías de arte sea posible ver de todo. Dueños de galerías que son expertos en arte, dueños que son completamente ignorantes; algunos que pasan todo el día trabajando en la galería, otros que tienen un administrador y se aparecen por allí de vez en cuando; dueños que son devotos de Dalí y dueños que serían incapaces de distinguirlo de la Rana René; dueños que tienen la galería por un genuino interés y dueños que la tienen por estatus social; dueños que la tienen hace décadas y dueños que se acaban de iniciar en el rubro.

Tal vez Martita, a pesar de ser la dueña , pensaba ella misma que el cuadro era genuino o tal vez, ella, había pagado una cantidad muy cercana apenas un par de meses antes. En fin, la pregunta es si la proposición en cuestión "ella era dueña de la galería y, por lo tanto, debió haber sabido que el cuadro era falso" es de sentido común. No quiere decir que no sea verdadera. No quiere decir que, cuanto más la ponemos en relación con otras proposiciones fácticas, más se fortalece el sentido común. La única cuestión que preguntamos es si ella, por si sola, pertenece al sentido común o si, en cambio, cuando se dice ello, todo lo que se quiere decir es más bien: "yo creo que ella lo estaba engañando". Agreguemos más proposiciones fácticas como premisas a ese mismo razonamiento:

Premisa 1: Martita le dijo al señor Edwards "este cuadro es original".

Premisa 2: La galería de arte de Martita tenía una deuda de US$20.000.

Premisa 3: Martita le comentó a su contador la semana anterior que podían conseguir



fondos para cubrir la deuda vendiendo una de las réplicas como original.

Premisa 4: Si Martita había concebido esa posibilidad justo una semana antes, y de hecho vendió una réplica como un original por la cantidad de dinero que debía, es de sentido común suponer que lo hizo a sabiendas.

Conclusión: Martita engañó al señor Edwards acerca de la autenticidad del cuadro.

En este caso, la premisa de sentido común (premisa 4) parece ser más poderosa que en el caso anterior, en tanto que dichaa afirmación pertenece efectivamente al sentido común.Lo mismo ocurre en el segundo ejemplo que poníamos:

Premisa 1: Ese Dalí, original, vale US$20.000.

Premisa 2: Edwards pagó US$20.000.

Premisa 3: Es de sentido común que, si el señor Edwards pagó el valor del Dalí original, él creía estar comprando el cuadro original.

De vuelta: la fuerza de la conclusión depende de que sea fuerte la premisa 3 como afirmación de sentido común, y no solamente de la prueba de las primeras dos premisas.

Una inmensa porción de los casos penales se determina por prueba puramente indiciaria. El hecho de que la prueba sea puramente indiciaria, en sí mismo, no disminuye un ápice de su fuerza probatoria. La prueba directa no es necesariamente, por ser directa, más fuerte que la prueba indiciaria. Ni viceversa. Por el hecho de que una prueba sea indirecta o indiciaria no quiere decir, de ninguna manera, que su fuerza probatoria sea per se menor. Los testigos oculares, por ejemplo, suelen configurar prueba directa y hoy día la abundante investigación empírica muestra que el grado de certeza que un testigo demuestra en sus afirmaciones, no encuentra correlato con el hecho de que ellas sean verdaderas.En otras palabras, el hecho de que un testigo esté muy seguro de haber visto lo que dice haber visto, no significa en absoluto que de hecho, ello haya sido así. Y, por el otro lado, buena parte del conocimiento que guía nuestras vidas hoy día, es decir, lo que propone la ciencia y de las decisiones más relevantes de nuestra vida, se deben a pruebas indirectas, pues cuando el médico nos dice que tenemos diabetes estamos dispuestos a cambiar radicalmente nuestras vidas, aun cuando el médico ha descubierto esa enfermedad por prueba puramente indiciaria, en el nivel de azúcar en la sangre, por ejemplo. Cuando llegamos a nuestra casa y vemos la ropa de nuestra señora desparramada por el suelo, lo mismo que un traje de hombre que no reconocemos, y la encontramos a ella durmiendo en la cama, mientras una voz de hombre se escucha desde la ducha, ¿acaso estaríamos dispuestos a que alguien nos dijera, “no puedes sacar conclusiones, tienes pruebas puramente indiciarias...”?

Prueba directa y prueba indiciaria imponen exigencias distintas a la argumentación en el alegato final, pero cuidado con esas típicas frases que se suelen escuchar de “la fiscalía tiene prueba puramente indiciaria”, porque nadie ha dicho que el estándar probatorio -culpable más allá de toda duda razonable- no pueda ser alcanzado, superado y completamente avasallado por la fuerza de prueba puramente indiciaria.

Especialmente cuando nuestro caso cuenta con prueba indiciaria, resulta frecuente que el razonamiento lógico que subyace a dicha prueba se sirva de múltiples premisas, contenidas en variadas proposiciones fácticas desperdigadas en igualmente diversas pruebas (lo que dice este certificado, más una frase obtenida en este contraexamen, más otra frase obtenida en ese examen directo...). El litigante ha concebido desde el comienzo una cierta teoría del caso y una específica estrategia para probarla, parte de la cual puede no haberse hecho

explícita sino hasta este momento, el alegato final, en que voy a armar el rompecabezas. Por lo tanto, el abogado -que ha tenido siempre en mente esta teoría del caso y su estrategia- seguramente le ha hecho a los testigos muchas preguntas, cuyas respuestas pueden no haber iluminado al tribunal en su momento -aisladamente consideradas- pero que en el alegato final, puestas en relación con otras o mediadas por un argumento, deben adquirir sentido dentro del caso. Transformar esos pedazos de prueba indiciaria en premisas del la inducción o la deducción cuya conclusión -vamos a argumentar- viene exigida por el sentido común, las máximas de la experiencia o el conocimiento técnico.

Así, por ejemplo, si el defensor ha examinado al acusado acerca de su condición de zurdo y luego, más adelante en el juicio, pone en el estrado al médico forense, quien explica que el cuchillo penetró el cuerpo de la víctima de derecha a izquierda; en el alegato final, entonces, el abogado defensor podrá relacionar ambos trozos de información, mostrándole al juzgador que quien haya enterrado el cuchillo a la víctima, lo hizo con la mano derecha, en circunstancias de que su representado es zurdo.

Esto es lo que ocurre también cuando, no habiendo testigos oculares del homicidio mismo, un testigo señala que vio al acusado alejarse corriendo del lugar. Otro señala haber visto en la escena del crimen un auto estacionado que corresponde al del acusado. Otro, en fin, testifica haber oído al acusado amenazar de muerte a la víctima el día anterior. Ninguno de estos testimonios prueba por sí mismo, ni de manera directa, la culpabilidad del acusado, pero puestos en relación pueden dar lugar a procesos deductivos o inductivos a través de los cuales generar convicción en el tribunal. Pocas labores son más preciosas que ésta en el alegato final.

3.2.4. Valor probatorio

Noten que todo el tema de la prueba indiciaria mencionado en el punto anterior, no es en estricto en rigor a una cuestión a nivel de la prueba, sino una cuestión a nivel de las proposiciones fácticas. ¿Es cierto que de los hechos (indicios) probados: 1) Martita dijo 'es original' y 2) 'Martita sabía que era falso' se satisface el elemento jurídico "representación" (de la estafa)? Esta discusión -acerca del poder de la prueba indiciaria- asume que las proposiciones fácticas que sirven de premisa están, en efecto, probadas.

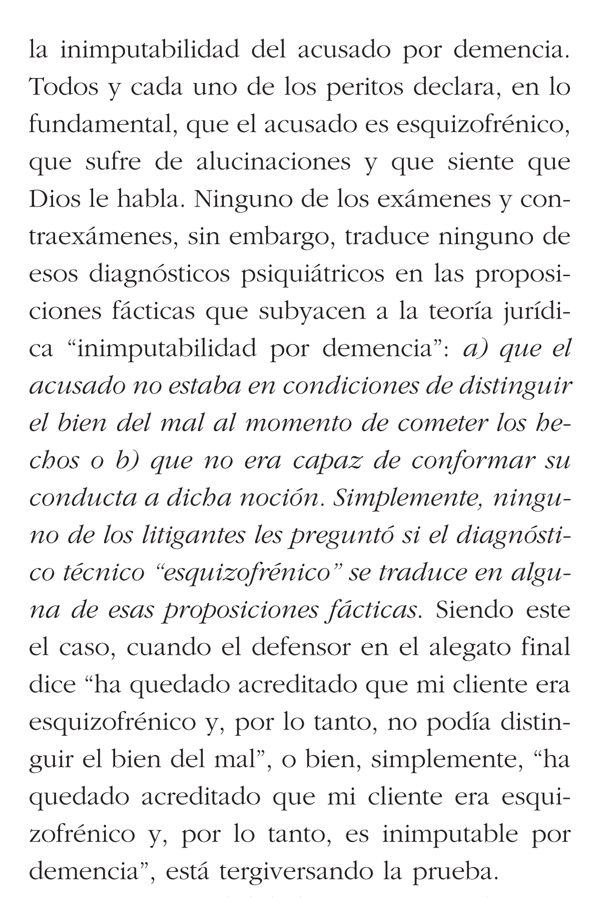
Pero todavía el alegato final debe centrarse en cómo es que cada una de esas proposiciones fácticas debe estimarse acreditada. Lo cual nos lleva al tema del valor o peso probatorio. El valor probatorio tiene tres aristas de las cuales hacerse cargo: cobertura, idoneidad y credibilidad.

a) Cobertura

Por cobertura queremos expresar la sencilla idea de que la proposición fáctica prpuesta, acreditada de manera directa, está efectivamente, de manera específica y concreta, cubierta por la prueba. El alegato final debe hacerse cargo de qué es exactamente lo que la prueba dijo y no lo que al abogado le habría gustado que dijera, No lo que el abogado escuchó que la prueba dijo en otro momento (fuera del juicio) ni lo que el abogado querría que los jueces, echando mano de conocimiento privado, entendieran que dijo. Sino lo que la prueba de hecho y exactamente dijo en juicio.

Esto es particularmente relevante de cara a la refutación del caso de la contraparte, en donde la contracara de la cobertura específica de la prueba toma la forma de tergiversación de la prueba.

Revisemos un típico ejemplo: la defensa del imputado presenta peritajes para acreditar



la inimputabilidad del acusado por demencia. Todos y cada uno de los peritos declara, en lo fundamental, que el acusado es esquizofrénico, que sufre de alucinaciones y que siente que Dios le habla. Ninguno de los exámenes y contraexámenes, sin embargo, traduce ninguno de esos diagnósticos psiquiátricos en las proposiciones fácticas que subyacen a la teoría jurídica "inimputabilidad por demencia": *a) que el acusado no estaba en condiciones de distinguir el bien del mal al momento de cometer los hechos o b) que no era capaz de conformar su conducta a dicha noción. Simplemente, ninguno de los litigantes les preguntó si el diagnóstico técnico "esquizofrénico" se traduce en alguna de esas proposiciones fácticas.* Siendo este el caso, cuando el defensor en el alegato final dice "ha quedado acreditado que mi cliente era esquizofrénico y, por lo tanto, no podía distinguir el bien del mal", o bien, simplemente, "ha quedado acreditado que mi cliente era esquizofrénico y, por lo tanto, es inimputable por demencia", está tergiversando la prueba.

La inimputabilidad no exige que el acusado sea esquizofrénico, sino alguna de estas hipótesis de hecho que acabamos de nombrar. Si ellas no fueron incluidas en la prueba, entonces el abogado no puede asumirlas, ni pedirle al tribunal que las asuma, pues ello sería permitir la utilización de conocimiento privado del defensor o de los jueces, en un área que, por ser técnica, escapa al dominio del sentido común a las máximas de la experiencia. Quizá haya distintos tipos de esquizofrenia y diversos grados de ella. ; Posiblemente distintas personas reaccionen de diferente manera frente a ella; tal vez, si hay otras patologías adicionales, eso modifique las conclusiones de un modo que también nos tendrían que explicar. Puede ser probable que sea diferente si la persona estaba o no en tratamiento, o si estaba o no, tomando medicamentos, etc.

El alegato final, el fiscal, debe hacerse cargo de qué es exactamente 'lo que la prueba, prueba' En este caso, la prueba sólo prueba que él es esquizofrénico, nada más. Qué se sigue de cara a la inimputabilidad.No tenemos idea La mala litigación no permitió avanzar hacia otra conclusión, no acreditó por más proposición fáctica que esa.

b) Idoneidad

Asimismo, el alegato final debe hacerse cargo deque la prueba que se ofrece, para acreditar una proposición fáctica, sea realmente idónea para probarla. También ésta es un área donde se toman por obvias, algunas evaluaciones que en la realidad no lo son en absoluto.

Entorno a esto, algunos clásicos, tienen lugar Por ejemplo, cuando ingresan al debate opiniones de testigos legos, declaraciones sobre hechos fuera de percepción (típicamente hechos internos de terceros), supuestas experticias que en realidad no lo son, o expertos que, siéndolo, declaran sin embargo fuera de los límites de dicha experticia.

Así, por ejemplo, cuando el médico de turno que atendió a la víctima en la sala de urgencias declara sobre su estado mental, no tiene formación en psicología clínica, no realizó el tipo de procedimientos requeridos para evaluar dicho estado mental (entrevistas, tests). Por lo tanto, sólo puede declarar sobre hechos respecto de los cuales un lego podría declarar. Nos puede decir que lloraba, nos puede decir lo que la víctima le dijo, nos puede decir que caminaba de una lado para otro; pero no nos puede decir, por ejemplo, que estaba en estado de shock (si es que la expresión tiene algún significado técnico). El doctor simplemente no es idóneo para eso.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, cuando un testigo declaró sobre hechos fuera de su percepción, típicamente hechos internos de un tercero. Esto puede tomar formas muy sutiles

durante el debate. Tal vez la contraparte no pudo, no supo o no quiso objetar. Eso no disminuye el hecho de que se trata de hechos para cuya acreditación el testigo no es idóneo. Por ejemplo, cuando el testigo habla en plural, incluyendo a otros en su testimonio: "estábamos aterrados"; "supimos exactamente a qué se refería"; "no nos quedó ninguna duda acerca de sus intenciones". En algunos casos, incluso respecto de hechos externos de un tercero: "vimos el auto venir a alta velocidad".

El alegato final debe hacerse cargo de la idoneidad de la prueba para probar lo que se pretende que ella prueba y denunciar su falta de idoneidad cuando ello ocurre.

c) Credibilidad

Por último, en relación con el peso probatorio, el alegato final debe hacerse cargo de las cuestiones asociadas a la credibilidad de la prueba. A lo largo de este texto han ido quedando de manifiesto varios elementos que contribuyen o deterioran la credibilidad, tanto de la prueba, en tanto fuente de información (por ejemplo el testigo) como de la información misma que ella contiene (el testimonio). En el capítulo relativo al contraexamen, como se recordará, fuimos someramente sobre el interés, la conducta previa y la capacidad de percepción.

El alegato final debe hacerse cargo de esos elementos, pero de su análisis concreto y específico y no simplemente limitarse a su mención. Tal como veíamos en el capítulo relativo al contraexamen, ninguno de estos factores suprime en sí mismo la credibilidad de la prueba, así como ningún factor abstracto la asegura. El alegato final, entonces, debe poder relacionar la información y construir desde estos factores argumentos que nos permitan fortalecer o debilitar la prueba producida en juicio.

Hay otros elementos asociados a la credibilidad de la prueba. Algunos de ellos pueden emerger en el mismo examen directo o contraexamen, o bien, en ocasiones, pueden quedar en evidencia sólo una vez que se ha producido toda la prueba. En cualquier caso, el alegato final debe ir sobre el análisis concreto y específico de los factores de credibilidad, respecto de cada una de las pruebas. Veamos algunos factores adicionales:

c.1.- *Concesiones*

No hay información más confiable, fidedigna, que aquella que ha sido producida por la contraparte. El otro bando no puede negar la autenticidad de la información que él mismo ha introducido al juicio, y el sentido común parece sugerir que no ofrecería prueba que dañara su propio caso, a menos que ella fuera ineludiblemente cierta.

Supongamos que estamos en un caso en que el imputado por un delito de lesiones en accidente de tránsito admitió haber ido atrasado a la oficina el día en cuestión. Este hecho pasa cualquier test de verosimilitud, cuando es usado en el alegato final:

"¿Cómo sabemos que el inculpado iba atrasado ese día? Bueno, él mismo nos lo dijo. Recuerden que fue en el propio examen directo, interrogado por su propio abogado, que él dijo, literalmente: 'me levanté apurado esa mañana porque estaba atrasado para llegar a una reunión en la oficina".

A continuación, a esa afirmación del imputado se le puede seguir sacando ventaja a través de información obtenida en el contraexamen, precisamente con esta intención:

"…las propias palabras del imputado también nos explicaron muy bien por qué tenía razones sobradas para ir nervioso y apurado en su auto; después de todo, fue él mismo quien nos dijo cuán importantes eran los nuevos clientes: Les ruego que recuerden que le pregunté acerca de si cada nuevo cliente significaba mayores ingresos para él, a lo que me res-



pondió, les leo textual, 'sí, porque recibo comisiones por mis clientes y un bono especial por cada nueva cuenta que logro'. Luego le pregunté si este cliente en particular era importante, y me dijo: 'sí, son los mayores distribuidores de computadores en el país'. Así que ahí estaba el señor acusado, habiéndose quedado dormido para su primera reunión con un nuevo e importante cliente, preguntándose qué tanto dinero iba a perder si llegaba atrasado_…".

Para los efectos de credibilidad, las concesiones de la otra parte no deben ser necesariamente admisiones directas, ni provenir literalmente de su testimonio. Toda la información introducida por la contraparte puede ser explotada como una concesión, en tanto haya sido producida por ella. El alegato final, en consecuencia, puede hacer uso de la declaración de cualquier testigo de la contraparte, lo mismo que de los objetos, documentos, diagramas o demás exhibiciones aportados por ella, incluidos los alegatos o preguntas hechas por su abogado en el desarrollo del juicio.

c.2.- *Hechos no controvertidos*

Se tratan aquí, aquellos hechos que, si bien no han sido admitidos directamente por la contraparte, tampoco han sido desmentidos por la prueba que ella ha presentado. Los hechos no controvertidos suelen ser útiles para echar luces sobre otros que sí están en disputa. Así, el abogado defensor, en el caso Kiev, bien podría argumentar:

"Es incontrovertido el hecho de que el Sr. y la Sra. Kiev se fueron juntos de vacaciones cuatro veces ese año. Es incontrovertido el hecho de que el segundo de esos viajes tuvo lugar en Julio -un mes después de que supuestamente ocurrieron los abusos- y fue un romántico crucero por el Caribe. Es incontrovertido el hecho de que sólo unas semanas después toda la familia -niños incluidos- recorrió en auto la costa de California. Y, finalmente, la propia Sra. Kiev, dice que Ana ya le había dicho en esa época "que su papá le estaba haciendo cosas". ¿Podemos creer que una madre se va de románticas vacaciones con el hombre que está abusando sexualmente de su hija?, ¿y que en las vacaciones siguientes no sólo se va con el hombre que está abusando sexualmente a su hija, sino que lleva a ésta con ellos?".

Como se ve, en este ejemplo los hechos no disputados se utilizan para argumentar respecto de uno que sí es controvertido, los supuestos abusos.

c.3.- *Consistencia con los hechos conocidos*

Tanto las concesiones y los hechos no controvertidos, como otras circunstancias (hechos ocurridos durante el juicio y de los que el tribunal, por lo tanto, tomó conocimiento directo; hechos materia de convenciones probatorias; hechos públicos y notorios) ofrecen un núcleo fáctico de proposiciones consideradas "verdaderas". Estos hechos representan una piedra de tope para evaluar la credibilidad del resto de la prueba: ella será más verosímil en la medida en que exhiba más consistencia con estos hechos y cuya veracidad está fuera de discusión.

Supongamos que en un caso el propio imputado ha reconocido que amenazó de muerte a la víctima una semana antes del homicidio. Tal vez el defensor haya presentado al más creíble de los testigos (digamos, sor Teresa de Calcuta) quien aseguró haber estado ese día en el lugar, y que la amenaza jamás se produjo. A eso, el defensor agrega el más claro razonamiento de sentido común: si en verdad quería matarlo, ¿por qué hacer algo tan absurdo como amenazarlo en un lugar lleno de público, justo unos días antes de consumar su supuesto plan? Quizás jamás haya habido un testigo más creíble que sor Teresa, y tal vez sea completamente absurdo, desde el punto de vis-

ta del sentido común, creer que lo amenazó en las condiciones en que se supone ello tuvo lugar. Sin embargo, la amenaza es un hecho conocido, dado que el propio acusado, en su propio perjuicio, admitió su existencia. Siendo ello así, no importa cuán creíble haya sido sor Teresa ni cuán razonable el argumento del abogado. Los hechos conocidos son una piedra de tope para evaluar el resto de la prueba y, por lo tanto, aunque realmente no podamos sospechar ni remotamente porqué sor Teresa dice lo que dice, probablemente, debamos asumir que está en un error.

Por supuesto, siempre es posible disputar la calidad de "hecho conocido", aunque ello es más posible en unos casos que en otros. Tal vez, en el ejemplo, el defensor tenga una versión acerca de porqué el acusado admitió falsamente la amenaza ("está protegiendo al verdadero culpable"). El punto a considerar es el siguiente, en la medida en que se trate efectivamente de "hechos conocidos", ellos determinan el análisis de credibilidad del resto de la prueba. El alegato final debe ser capaz de identificarlos (o disputarlos), a la vez que ordenar el análisis de credibilidad de la prueba en torno a ellos.

c.4.- *Máximas de la experiencia y sentido común*

Un testigo asegura que se mantuvo de pie observando atentamente cómo un individuo disparaba al interior del bar en que él estaba. Otro, afirma que mientras recibía el impacto del auto con el que chocó violentamente pudo ver -y recuerda- el número de su placa. Una niña de ocho años, en fin, afirma que su tío la "abusó sexualmente haciendo tocaciones en sus labios vaginales".

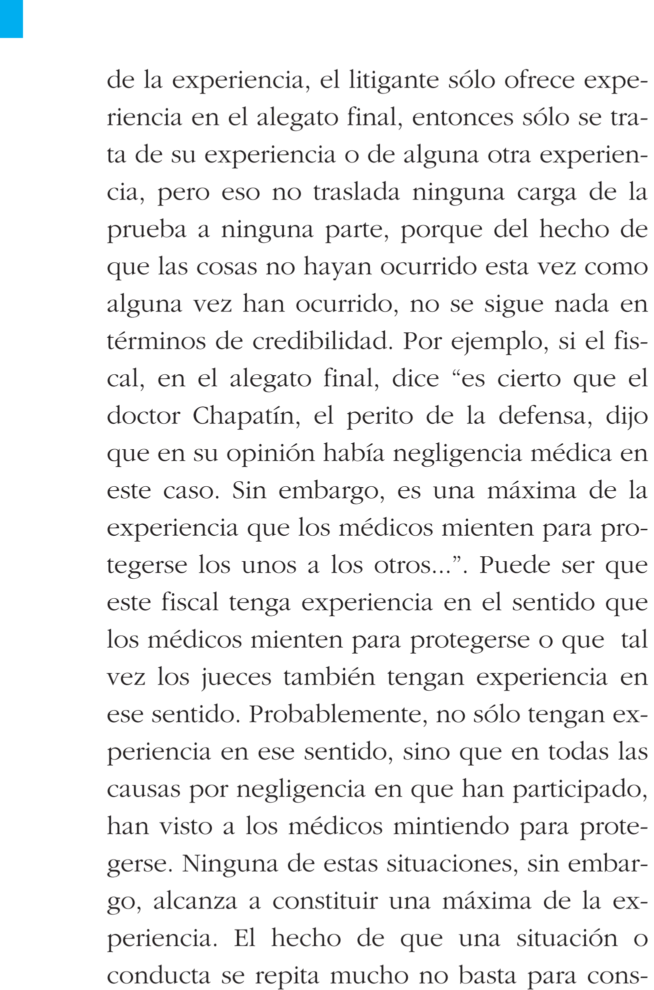
Algo no suena bien en estos testimonios. Se trata de una relación intolerablemente tenue con la experiencia común que la mayoría de las personas comparten. Uno esperaría que alguien que está dentro de un bar en el cual se están descargando ráfagas de ametralladora, corriera a protegerse. Uno esperaría también que una persona violentamente impactada por otro auto no se esté preocupando de identificar y retener los números de su placa. Asimismo, uno jamás esperaría que una niña de ocho años se exprese en términos tales como "abusó sexualmente", "tocaciones" o "labios vaginales".

Estas expectativas son el resultado de la experiencia elemental que las personas recogemos y compartimos a lo largo de nuesras vidasas y, aún cuando sea éste un elemento que no tiene pretensiones de cientificidad, no por eso es menos poderoso al momento de evaluar la credibilidad de lo que se dice en un tribunal de juicio oral.

No sólo no debe esperarse del juzgador nada distinto, sino que la correcta utilización de la experiencia compartida y el sentido común integran lo mejor de la función jurisdiccional.

Las personas tenemos una cierta experiencia acerca de cómo ocurren las cosas, sea porque suelen ocurrir así, o porque la experiencia nos ha dado una cierta sensibilidad acerca de cómo es razonable que ocurran. La experiencia y el sentido común trasladan, por así decirlo, la carga de la prueba. Nada impide que las cosas ocurran de un modo diferente de aquel como suelen ocurrir o como creemos razonable que ocurran, pero quien alega que éste es el caso, tiene la carga de explicarnos de cómo fue que ocurrió esa extraordianaria circunstancia . Las máximas de la experiencia y el sentido común constituyen, entonces, no solamente criterios legítimos sino herramientas indispensables para evaluar la credibilidad de la prueba.

Lo anterior, sin embargo, a condición de que las máximas de la experiencia sean efectivamente máximas, y que el sentido común sea efectivamente común. Si en lugar de máximas



de la experiencia, el litigante sólo ofrece experiencia en el alegato final, entonces sólo se trata de su experiencia o de alguna otra experiencia, pero eso no traslada ninguna carga de la prueba a ninguna parte, porque del hecho de que las cosas no hayan ocurrido esta vez como alguna vez han ocurrido, no se sigue nada en términos de credibilidad. Por ejemplo, si el fiscal, en el alegato final, dice "es cierto que el doctor Chapatín, el perito de la defensa, dijo que en su opinión había negligencia médica en este caso. Sin embargo, es una máxima de la experiencia que los médicos mienten para protegerse los unos a los otros...". Puede ser que este fiscal tenga experiencia en el sentido que los médicos mienten para protegerse o que tal vez los jueces también tengan experiencia en ese sentido. Probablemente, no sólo tengan experiencia en ese sentido, sino que en todas las causas por negligencia en que han participado, han visto a los médicos mintiendo para protegerse. Ninguna de estas situaciones, sin embargo, alcanza a constituir una máxima de la experiencia. El hecho de que una situación o conducta se repita mucho no basta para constituir una máxima de la experiencia, ni quiere decir necesariamente que las cosas deban haber ocurrido así en este caso también. Una máxima de la experiencia requiere uniformidad, permanencia, patrones (por ejemplo, que las personas ven menos mientras menos luz hay), en grados que la jurisprudencia deberá ir afinando, pero que no deben confundirse con el simple prejuicio.

Asimismo, si en lugar de ofrecer sentido común el abogado sólo ofrece su sentido o algún sentido acerca de cómo son las cosas, tampoco eso avanza demasiado el caso por la credibilidad o su ausencia.

La cuestión del sentido común, a su turno, tiene menos exigencia fáctica que las máximas de la experiencia, pero exige considerar las circunstancias concretas: si no es una máxima de la experiencia que los médicos mientan para protegerse, tal vez sí pueda ser considerado una conclusión de sentido común (pero esta vez no por el hecho de ser específicamente médicos, sino por ser un gremio pequeño, cerrado, con alto riesgo de error, con consecuencias muy graves para las personas, digamos como son también por ejemplo los policías). Sin embargo, el que sea de sentido común concluir que este médico pueda estar mintiendo para proteger a su gremio dependerá de las circunstancias concretas del caso Por ejemplo, el sólo hecho de que se trate de un médico extranjero (un peritaje pedido a un experto de otro país) podría alterar radicalmente el sentido común en torno a esta conclusión, porque no pertenece a la comunidad médica contra la que está declarando, no tiene amigos en el gremio local, no tiene nada que ganar ni nada que perder con su testimonio.

El alegato final, entonces, debe ocuparse de que la prueba -y la teoría del caso en general- satisfagan los estándares de las máximas de la experiencia y del sentido común y, en caso de que ello no ocurra, debe ocuparse de que su teoría del caso explique de qué manera sus relatos son particulares y porqué deben ser considerados creíbles de todos modos, dadas las circunstancias.

c.5.*- *Consecuencia interna

Superado el test de la experiencia común, todavía resta al testimonio ser coherente consigo mismo, cada pieza del relato con el resto. Tendemos a creer en las historias que exhiben cierta lógica interna. Creemos que, dado que la realidad exhibe coherencia –puesto que la coherencia está tomada, precisamente, de la realidad-. Dicha característica se debe reproducir, también, en cualquier relato que tenga pretensiones de veracidad (es decir, de reflejar la realidad).

Para que las inconsistencias perjudiquen la credibilidad del relato no es imprescindible

que sean explícitas, ni siquiera que sean genuinas contradicciones.

Volvamos al ejemplo de la familia Kiev. Allí la Sra. Kiev se mostró catastróficamente inconsistente con su relato acerca de los abusos que su marido había cometido en la persona de su hija, a pesar de mantener a lo largo de todo el juicio dicha afirmación y de no contradecirla en ningún momento. Sin embargo, a la vez, realizó afirmaciones como: "fui cuatro veces de vacaciones con mi marido el mismo año en que abusó de mi hija"; "una de ellas fue al Caribe y estuvieron muy románticas"; "acordamos con mi madre trabajar juntas, pues el trabajo era muy pesado para mí sola". Estas afirmaciones no son abiertas contradicciones, pero, en términos de credibilidad, la inconsistencia dañó su testimonio de manera irrecuperable: en todos estos casos uno puede legítimamente dudar de la credibilidad de la afirmación de la Sra. Kiev, en el sentido de que ella efectivamente creía que su marido estaba abusando de su hija. Si hubiera sido así, un mínimo de coherencia habría exigido no irse de vacaciones con él, o no hacerlo cuatro veces, o al menos no calificar de "muy romántico" el crucero por el Caribe. Por últimp invitar a su madre, traída desde Polonia, para acompañar a Ana a compartir el turno en el negocio.

c.6.- *Detalles*

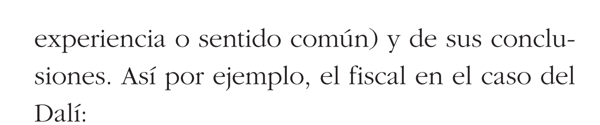
Los detalles son un área sensible de los testimonios. Por una parte, la experiencia cotidiana parece indicar que cuando las personas participan de ciertos hechos están en condiciones de percibir y retener acerca de ellos una serie de detalles pertinentes. Por el contrario, la experiencia enseña también que es difícil decir una mentira detallada. Hasta cierto punto, entonces, el grado de detalle con que un testigo pueda revestir la historia contenida en su testimonio habla de su credibilidad. Incluso si los detalles, en sí mismos, son de escasa importancia sustantiva, nos pueden comunicar que el testigo fue un observador genuino del hecho y que su memoria es nítida.

Pero cuidado. La experiencia también enseña que tenemos una capacidad limitada para observar y recordar detalles, especialmente si estamos bajo circunstancias de fuerte presión o involucrados en hechos que focalizan toda nuestra atención en una parte limitada de las circunstancias. La persona que tenía su concentración completamente absorta en no morir atropellada por el auto, seguramente sabe desde qué dirección venía y probablemente sea capaz de retener su color, tal vez su modelo- .Sin embargo, pretender que, justo antes de saltar para no ser atropellado, pudo distinguir y retener su placa, ya parece menos creíble.

4. La suficiencia jurídica y el derecho

Finalmente, por muy coherente y creíble que sea nuestra teoría del caso, ella no servirá de mucho si no satisface la o las teorías jurídicas que estamos invocando. La cuestión del derecho en el alegato final, sin embargo, tiene dos vertientes.

La primera consiste en argumentar la idoneidad de las proposiciones fácticas acreditadas para satisfacer cada uno de los elementos de la teoría jurídica que estamos invocando. Es decir, que nuestra teoría del caso posee suficiencia jurídica. Esta labor es imprescindible y debe ser llevada adelante de manera tan concreta y específica como el resto del alegato final. La mayoría de las veces esto deberá hacerse a través de razonamiento indiciario, con todas las características que tratábamos en las páginas previas, especialmente la construcción de premisas intermedias (configuradas por proposiciones fácticas acreditadas o argumentos de



experiencia o sentido común) y de sus conclusiones. Así por ejemplo, el fiscal en el caso del Dalí:

Premisa 1: Martita le dijo al señor Edwards que el cuadro era original.

Premisa 2: Martita publicitó el cuadro como un original.

Premisa 3: Martita le exhibió al señor Edwards un falso certificado de autenticidad.

Premisa 4: Martita sabía que el cuadro era falso y sabía que lo era también el certificado.

Conclusión: Estos hechos configuran una "representación dolosa" (elemento legal).

La segunda vertiente está vinculada con la anterior y tiene que ver con hacerse cargo del derecho de fondo. A cierto nivel, es este derecho de fondo el que determina nuestras teorías jurídicas y, por l por ende, nuestras proposiciones fácticas y prueba. Sin embargo, en la inmensa mayoría de los casos la cuestión del derecho de fondo está más que clara, y los casos se ganan o se pierden por los relatos fácticos, por los hechos y por la prueba. Hay que tener cuidado, entonces, de no derrochar los preciosos minutos del alegato final enredándose en disertaciones, cátedras o teorías dogmáticas si es que el tribunal tiene claro qué es lo que se requiere probar, si ya conoce el derecho aplicable, o bien si no le interesa innovar en nuevas teorías jurídicas a través de este caso. Es parte del profesionalismo de un litigante poder proyectar una evaluación sobre esto y ordenar su litigación en consecuencia. El alegato final, es la única posibilidad que tenemos para argumentar la prueba frente al tribunal Utilizarlar la prueba para defender teorías jurídicas que el tribunal no va a creer o para repetir teorías jurídicas que el tribunal ya conoce, es desperdiciar la oportunidad.

El derecho debe ser invocado en el alegato final sólo en tanto dicha invocación esté al servicio de ganar el caso. Cuidado, entonces, con que las discusiones de derecho nos hagan perder el norte.

En la medida en que el derecho sea relevante y nuevo para los jueces, entonces, son dos las cuestiones jurídicas que nos va a interesar discutir. En primer lugar, el derecho de fondo. Será allí donde argumentaremos de qué manera las proposiciones fácticas que resultaron probadas con la evidencia configuran las teorías jurídicas substantivas que hemos invocado (por ejemplo, la tipicidad de los hechos o la configuración de una eximente de responsabilidad). En segundo lugar, tal vez nos interese discutir las normas que orientan los procesos de esclarecimiento de los hechos, tales como el estándar probatorio, o las que señalan cómo se deben extraer conclusiones de la prueba en el razonamiento judicial.

5. Estructura

El objeto del alegato final se centra en reestructurar la prueba que se ha oído durante el juicio para conformar el relato que subyace a nuestra teoría del caso.

En este sentido, el alegato final es un acto de comunicación. En él, una persona -la parte- intenta entregar un mensaje a otra -el tribunal. Ese mensaje, como cualquier otro, puede tener un contenido impecable, pero ser entregado de manera tan defectuosa que el destinatario termine extraviándolo entre un mar de información irrelevante, un lenguaje confuso o un relato incoherente.

Un alegato final, entonces, "es persuasivo" y "posee impacto" no cuando concita la emocionalidad del juzgador invitándolo a fallar en un determinado sentido a pesar de que es-

te no se ajuste a lo hechos probados o al derecho vigente, sino al contrario, cuando es capaz de organizar un razonamiento que persuasiva y coherentemente explique de qué manera la prueba, precisamente, corrobora la propia teoría del caso y conforma al derecho invocado. No se trata de engañar al juzgador ni de conmoverlo -a los jueces suele no gustarles la sensación de que uno está intentando hacer alguna de esas dos cosas- sino de dotarlo de razones fuertes para que decida el caso en nuestro favor. Si nuestro caso tiene fortalezas que no queremos sean desatendidas por el juzgador, debemos señalarlas con claridad. Para nuestras debilidades, debemos tener una explicación razonable. Si el caso de nuestro oponente presenta debilidades, a su turno, no deseamos que ellas sean inadvertidas y, en cambio, las debilidades de su caso queremos evidenciarlas con rigor.

Para lograr comunicar con efectividad nuestro alegato final, éste puede ser estructurado de diversas maneras. Revisemos algunas de estas a modo ejemplar que nos pueden ayudar a tener claro la multiplicidad de opciones estratégicas que dispone un litigante.

5.1.- Estructura temática

La estructura temática resulta con frecuencia eficaz para organizar el alegato final. En éste, en general, el orden cronológico de los sucesos o de la evidencia que concurrió al caso no resulta en definitiva tan gravitante como la resolución de unas pocas cuestiones a las que el caso ha quedado reducido. Estas "cuestiones", en definitiva, serán algunos pocos hechos clave de cuya resolución depende que el juzgador se incline por favorecer una u otra versión.

En la versión extrema, en ocasiones hay un hecho tan poderoso que, por sí solo o con muy poca ayuda, resulta determinante. Pensemos por ejemplo en el fiscal de un delito por violación diciendo algo como lo que sigue: "Magistrados, el hecho es que el semen encontrado en la víctima pertenece al acusado; el examen de ADN no dejó dudas en este sentido; la defensa ha presentado 18 testigos que dicen haber estado con el imputado ese día a esa hora, todos ellos declararon consistentemente al respecto, pero eso no logra desvirtuar este hecho: el semen hallado es del acusado".

Identificado este hecho, de ahí podemos construir el resto del caso y evaluar desde allí la credibilidad de la prueba (por ejemplo, la credibilidad de los 18 testigos, y si su supuesta consistencia quiere realmente decir que están diciendo la verdad o si, en cambio, fueron demasiado consistentes para ser creíbles, atendidos los resultados del ADN...).

Incluso en casos en que no hay hechos tan determinantes como éste, el alegato final puede estructurarse frente a unos pocos hechos que son los que, en definitiva, el litigante quiere despejar para el tribunal. Pensemos en el caso Kiev. La defensa podría reducir su caso a estas pocas cuestiones cruciales:

- La Sra. Kiev sólo denunció a su marido al día siguiente de enterarse que éste la dejaría por otra mujer. En el intertanto, dejó transcurrir un año entero, en el cual se fue cuatro veces de románticas vacaciones con su marido.
- El matrimonio tenía frecuentes y duras disputas económicas porque la Sra. Kiev quería más participación del negocio.
- La abuela traída desde Polonia, al poco tiempo, volvió a dejar sola a Ana para ir a trabajar al negocio.

Esto no quiere decir que sean éstos los únicos hechos que se van a mencionar en el alegato final–el alegato final se tiene que hacer cargo de toda la prueba y de todos los hechos-

sino sólo que el relato se puede estructurar desde este puñado de hechos estimados centrales. Cada uno de ellos convocará otros hechos y pruebas.

5.2.- Estructura cronológica

La organización cronológica posee todas las ventajas que revisamos a propósito del examen directo, Nos permite entregar al juzgador -quizás por primera vez- una visión ordenada de los hechos ocurridos, haciendo recrear mentalmente de manera secuencial las circunstancias y sucesos que motivan nuestra pretensión.

La dificultad con la organización cronológica en el alegato final es que muchas veces los hechos no ocurren en la secuencia que les confiere mayor verosimilitud. Con frecuencia eventos ocurridos con posterioridad pueden arrojar luz sobre las razones, circunstancias o naturaleza de otros que tuvieron lugar anteriormente. Con igual frecuencia, eventos que no ocurrieron inmediatamente antes que otros, sino con mucha anterioridad, pueden también iluminar el significado de los acontecimientos. En fin, el problema con la cronología estricta es que con demasiada frecuencia fracasa en resaltar los hechos que resultan en verdad esenciales para el caso, perdiéndolos en un mar de otros hechos que sólo tienen significado a la luz de esos acontecimientos principales. No obstante -comprendida la importancia de organizar temáticamente el alegato final- éste puede ser eficazmente complementado con una relación cronológica de los acontecimientos que, en virtud de los resultados arrojados por el análisis temático, deben ser tenidos por probados. Veamos:

"Señores magistrados: más allá de toda duda, cuando Atila entró a la casa de su vecino iba con la clara intención de violar a su hija, Matilda… ¿se acuerdan que el día anterior había estado preguntando a qué hora llegaba Matilda del colegio? ¿Y a qué hora llegaba su padre del trabajo? Eso nos lo dijo el Sr. Carpatos, el jardinero; Atila sabía, entonces, que Matilda estaría sola entre las cinco y las siete de la tarde; ¿y recuerdan qué es lo que tenía el acusado en los bolsillos cuando fue revisado por la policía? Una caja de preservativos… escuchamos a dos policías declarar eso y ambos nos dijeron que la caja de preservativos le fue incautada al momento de la detención; ahora bien, el propio acusado ha dicho que no pretendía ir a ningún otro sitio más que a la casa de su vecino… para visitarlo… ¿es razonable que creamos eso? ¿ fue a visitar a su vecino a una hora en que sabía que no estaba? ¿qué iba provisto no de una botella de cerveza ni de una cajetilla de cigarrillos, sino de una caja de preservativos? Preservativos que compró al salir de su casa y antes de entrar en la de Matilda, eso lo sabemos por la fecha y la hora en la boleta misma, que hemos acompañado al tribunal como prueba documental. Señorías, la simple verdad en este caso es ésta: Atila esperó ansiosamente hasta que su vecino hubo salido de su casa, caminó hasta la farmacia, compró una caja de preservativos y luego se dirigió a la casa de Matilda con una sola intención en la cabeza: violarla…".

Como se puede apreciar, este fragmento de alegato despeja primero temáticamente los hechos clave del caso, y convoca la prueba en apoyo de cada uno de ellos, con prescindencia del orden cronológico en que dicha prueba o hechos se produjeron. Una vez que los hechos claves han sido despejados, sin embargo, podemos reconstruir para el tribunal "lo que en verdad ocurrió"Nuestra teoría del caso, apoyada por la evidencia así analizada.

La estructura cronológica puede llevarse a cabo desde el punto de vista de la víctima, desde el punto de vista del acusado, o bien desde el delito mismo.

5.3.- El alegato "relación" o "lista de testigos"

De las posibles estructuras, la que casi siempre resulta desastrosa es la de asumir el alegato final con la lógica de "relación del expediente" o de "lista de testigos". Es decir, organizar el alegato desde la cronología de presentación de la prueba en el juicio: "escuchamos primero al policía, que nos dijo... y luego al testigo 1, que nos dijo... y luego al perito, que nos dijo...". Esta estructura prácticamente nunca organiza la información del modo más persuasivo y claro, entre otras cosas porque el orden de presentación de la prueba rara vez coincide con ninguna de las historias posibles de contar y, precisamente, más bien lo que hace es presentar pruebas y versiones aisladas, allí donde la fuerza persuasiva de un relato y el valor probatorio de la evidencia está precisamente en la construcción de relaciones entre todos ellos.

6. Una historia persuasiva

En general, todo alegato final debe poseer los elementos de una historia persuasiva que -directa o indirectamente- hemos revisado hasta ahora: básicamente, una historia persuasiva explica todos los hechos conocidos (teoría del caso); existen motivos para que las personas respecto de las cuales se relata la historia hayan actuado de esa manera; es relatada por prueba que goza de credibilidad Está además apoyada por detalles y se ajusta al sentido común. Estos elementos deben estar de algún modo presentes en nuestro alegato final. Todos estos elementos deben arrojar luz básicamente sobre las siguientes cuatro cuestiones: lo que ocurrió (los hechos que finalmente conocemos), por qué ocurrió (causas y motivos), por qué esta versión debe ser creída (la prueba verosímil) y, por último, cómo podemos estar seguros (los detalles consistentes). En la medida en que nuestro alegato final cubra satisfactoriamente estos puntos, la historia que presentará será suficientemente persuasiva para inclinar al tribunal a aceptar nuestra teoría del caso.

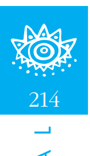
7. El resumen de todo: el alegato como sentencia

Un buen alegato final debiera comportarse como un borrador de sentencia para los jueces. Esto es lo que nos interesa ofrecerle al tribunal al momento del alegato final: una argumentación acerca de "lo que la prueba, prueba" y una relación entre dichos hechos y las teorías jurídicas aplicables que, virtualmente, ponga a los jueces en condiciones de poner su firma en dicho razonamiento y hacer de él la sentencia del caso. Que se comporte de esa manera, es la verdadera prueba para evaluar la efectividad de un alegato final.



Bibliografía





1.- Nota Bibliográfica:

No obstante existe abundante literatura sobre estrategias y destrezas de litigación en juicios orales en el contexto del sistema norteamericano, llama la atención que, salvo contadas excepciones, estas obras no fueron traducidas al castellano. En los pocos casos en donde existe esa traducción, un problema que presentan dichos textos para su comprensión y uso extendido en América Latina es que en ellos no existe ningún esfuerzo de adaptación de las buenas prácticas y experiencias desarrolladas en el contexto en donde se han escrito dichos textos a la realidad de los sistemas reformados en la región. En efecto, se trata de traducciones de las versiones en inglés, pero sin referencias específicas a las reglas de nuestros países, ni menos a las particularidades del diseño de nuestros sistemas procesales. Por cierto, dichos textos no tienen ninguna posibilidad de hacerse cargo de las complejidades que desde el punto de vista de las prácticas de litigación representa la sustitución de un modelo de litigación basado en el trámite escrito a otro de corte acusatorio basado en el trabajo de audiencias, todavía con muchas imperfecciones en el diseño legal y con bastantes confusiones en el establecimiento de un modelo claro de litigación acusatorio.

La falta de adaptación de los textos extranjeros sobre litigación a las particularidades de los procesos de reforma en la región, ya sea en inglés o en castellano, hace que porciones muy significativas de estos no sean relevantes o aplicables a las necesidades de litigación en los sistemas procesal penales de la región. Pensemos, por ejemplo, en el conjunto de actividades de litigación que tienen que ver con la selección del jurado, propias del sistema norteamericano, o un conjunto de cuestiones que se vinculan a la detallada regulación que tienen las reglas de evidencia en dicho país -por ejemplo la prohibición del hearsey o testimonio de oídas y sus múltiples excepciones y contraexcepciones. Ellas ocupan porciones importantes de dichos textos y guían muchas de las recomendaciones estratégicas y de litigación que se formulan en los mismos. Tomarlas sin considerar las diferencias de contexto puede llevar a cometer varios errores.

En este escenario, el esfuerzo central de este trabajo es realizar una "traducción cultural" de las buenas prácticas de litigación desarrolladas en el contexto de sistemas acusatorios más maduros, como el norteamericano, a las necesidades y particularidades de un proceso en estado de transformación como lo es el caso chileno. Por lo mismo, en el trabajo se intenta recoger la rica experiencia en dicho país, pero siempre intentando mirarla desde nuestra propia experiencia y desde los desafíos que impone el particular momento de cambio y construcción de nuevas prácticas que experimenta nuestro sistema de justicia criminal. Es así como a partir de los textos usualmente utilizados en el ámbito norteamericano intentamos producir un discurso propio y nuevo, que cumpla funciones de adaptarse mejor a las necesidades concretas de nuestro país y en buena medida de la región. El objetivo final es sugerir prácticas orientadas al fortalecimiento del modelo acusatorio que se intenta plasmar a través de los proceso de reforma.

En este contexto, por su claridad e influencia en la preparación de este libro recomendamos especialmente los textos de Paul Bergman, La Defensa en el Juicio Penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1995 y el de Thomas Mauet, Fundamentals of Trial Techniques, Little, Brown and Company, Boston 1992. Ellos constituyen la base sobre la cual desarrollamos nuestro propio discurso y les debemos porciones relevantes del resultado de este libro.

2.- Referencias Bibliográficas:

A continuación entregamos un listado de textos que pueden servir al lector para profundizar o analizar distintas perspectivas sobre los temas revisados. Junto con ello, estos textos que a continuación se listan sirvieron de base para la preparación del presente material.

2.1.- Libros en Castellano:

Baytelman, Andrés y Juan Enrique Vargas. La Función del Juez en el Juicio Oral. Santiago-Chile: Textos de Docencia Universitaria, Universidad Diego Portales, 1999.

Bergman, Paul. La Defensa en Juicio, La Defensa Penal y La Oralidad. Buenos Aires- Argentina: Abeledo Perrot, (2ªed), 1995.

Goldberg, Steven. Mi Primer Juicio Oral ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré? Buenos Aires-Argentina: Editorial Heliasta, 1994.

Hegland, Kenney F. Manual de Prácticas y Técnicas Procesales. Buenos Aires- Argentina: Editorial Heliasta, 1995.

Morris, Clarence. Cómo Razonan los Abogados. Mèxico: Noriega Editores, 1997.

2.2.- Libros en Inglés:

Baldwin, Scott. Art of Advocacy, Direct Examination, New York: Matthew Bender, 1996.

Cohen, Ronald y James Nelly (editores). Criminal Trial Advocacy, Supreme Court of the State of New York. New York: Record Press, 1992.

Jeans, James. Trial Advocacy (second edition), ST. Paul: West Publishing, 1993.

Mauet, Thomas. Fundamentals of Trial Techniques (third edition), Boston: Little, Brown and Company, 1992.

Lubet, Steven. Modern Trial Advocacy, Analysis and Practice. EEUU: National Institute for Trial Advocacy, 1993.

McElhaney´s, James. Trial Notebook (second edition), EEUU: American Bar Association, 1987.

Albert Moore, Paul Bergman y David Binder, Trial Advocacy (inferences, arguments and techniques), West Publishing, ST. Paul, 1996, 335 páginas.

Pozner, Larry y Roger Dodd. Cross –Examination: Science and Techniques. Virginia-EEUU: The Michie Company, 1993.

Schrager, Sam. The Trial Lawyer's. EEUU: Temple University Press, 1999.

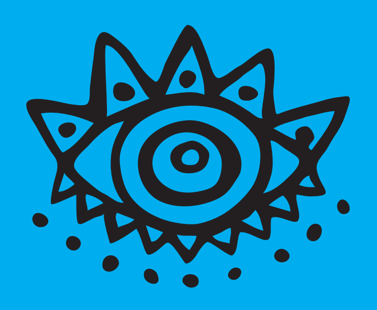
Wellman, Francis. The Art of Cross – Examination (fourth edition). New York: Macmillan Publishing Company, s/f.

ACERCA DE LOS AUTORES

Los autores trabajaron en el proceso de reforma a la justicia penal en Chile desde sus orígenes. Individualmente o como grupo estos académicos cumplieron funciones de diseño, planificación, promoción y capacitación, desempeñándose como asesores y consultores gubernamentales y de las organizaciones privadas involucradas en la reforma chilena. trabajaron como profesores de cursos universitarios de pre y post grado de diversas universidades, también como profesores de la Academia Judicial del Ministerio Público, de la Defensoría Penal Pública y de la Policía de Investigaciones y Carabineros. Participaron ampliamente en el proceso legislativo de los proyectos y en los estudios interdisciplinarios destinados a la preparación de su implementación. También fueron consultores de diversos gobiernos y agencias para el apoyo de diversos procesos de reforma similares llevados a cabo en otros países de América Latina y son autores de numerosas publicaciones acerca de los diversos aspectos del proceso de reforma.

• Andrés Baytelman, es abogado de la Universidad Diego Portales, Master en Derecho (LL.M) de la Universidad de Columbia (New York). Actualmente es Fiscal Adjunto de la Fiscalía Metropolitana Santiago Norte y profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Fue investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la misma. Tuvo Estadía en la Fiscalía del Bronx, Nueva York. Ganó la beca Fulbrigth (2000). Participó como asesor del Ministerio de Justicia y diversas instituciones en las distintas etapas del desarrollo de los proyectos que constituyen la reforma procesal penal.

• Mauricio Duce es abogado de la Universidad Diego Portales, Master en Derecho (J.S.M) de la Universidad de Stanford. Actualmente es profesor de Derecho Procesal Penal, Debido Proceso y Litigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales e investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la misma. Fue ganador de la beca Fulbright en los años (1998 -2002) y de la beca Presidente de la República el año 1998. Se desempeñó como secretario del equipo técnico que redactó los proyectos de Nuevo Código Procesal Penal y de la Ley de Ministerio Público y fue asesor del Ministerio de Justicia para el apoyo técnico de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma.



LITIGACIÓN PENAL Y JUICIO ORAL

Es una publicación del Fondo Justicia y Sociedad (Fundación Esquel - USAID)

PRESIDENTE
Cornelio Marchán
DIRECTORA FONDO
Patricia Esquetini
ASESOR JUSTICIA
Farith Simon
COORDINADORA ADJUNTA
Patricia Salazar
ASISTENCIA TECNICA
María Cristina Puente

DISEÑO GRÁFICO
Cuadrante

IMPRESIÓN
Imprenta NOCION

NOVIEMBRE 2004